

MONOGRAFÍAS JURÍDICAS

LUCIANO PAREJO, FÉLIX LOBO
Y MARCOS VAQUER
(COORDS.)

LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS

Actas de las jornadas de estudio
celebradas en la Universidad Carlos III
de Madrid los días 10 y 11 de abril de 2000

MARCIAL PONS



LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS

**Actas de las Jornadas de estudio celebradas en la Universidad Carlos III
de Madrid los días 10 y 11 de abril de 2000**

**LUCIANO PAREJO, FÉLIX LOBO
Y MARCOS VAQUER (Coords.)**

Fernández Mendizábal, Iñaki	Parejo Alfonso, Luciano
Lobo, Félix	Piñar Mañas, José Luis
López i Casanovas, Guillem	Rey del Castillo, Javier
Menéndez Rexach, Ángel	Sánchez Caro, Javier
Ortún Rubio, Vicente	Sanfrutos Velázquez, Norberto
Palomar Olmeda, Alberto	Vaquer Caballería, Marcos
Zornoza Pérez, Juan	

**LA ORGANIZACIÓN
DE LOS
SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS**

**Actas de las Jornadas de estudio celebradas
en la Universidad Carlos III de Madrid
los días 10 y 11 de abril de 2000**

**MARCIAL PONS, EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
MADRID 2001 BARCELONA**

PRESENTACIÓN

En la actualidad, existe un cierto consenso en que las reformas de los servicios públicos sanitarios deben tender hacia una mayor flexibilidad, autonomía de gestión de los centros y separación de funciones (autoridad, compra y prestación de servicios). Sin embargo, la instrumentación de dichas reformas es mucho más polémica. En España se ha generado en los últimos años un amplio debate, tanto científico como general, en los medios de comunicación y la opinión pública sobre la supuesta «privatización» de los servicios sanitarios inducida por las últimas modificaciones legales, que han habilitado nuevas formas de organización de la gestión, como las famosas fundaciones, las sociedades mercantiles, los consorcios y las fundaciones públicas sanitarias.

En un contexto científico, los planos en los que puede plantearse el debate son muchos: desde la perspectiva de la teoría de la organización, surge la cuestión fundamental de si el marco constitucional y, más específicamente, la Ley General de Sanidad son compatibles con cualquier opción de organización descentralizada de los servicios. En segundo lugar, cabe suscitar si los distintos tipos de entes previstos para la prestación sanitaria son indiferentes entre sí o, de lo contrario, cuáles son las consecuencias de la opción por uno u otro desde perspectivas instrumentales pero tan importantes como el régimen de su gobierno, de su personal y de su gestión presupuestaria y financiera, y desde la perspectiva final de la eficiencia y calidad de los servicios. Por último, parece conveniente situar el debate en el marco abierto en que se encuentra, donde se compare el modelo estatal con los ya implantados en algunas Comunidades Autónomas y se vislumbre cuáles son las perspectivas de futuro para la gestión de una actividad cuya transferencia a las Comunidades Autónomas está pendiente de culminar.

La oportunidad del estudio parece, pues, sobradamente justificada, tanto por motivos estructurales como por otros coyunturales, en un año iniciado con la aprobación del Real Decreto de desarrollo de las nuevas formas de gestión del INSALUD y en el que el Estado inicia una nueva legislatura para la que se anuncia la culminación del proceso transferencial de la sanidad pública. El interés suscitado por las jornadas cuyos resultados aquí se publican confirma dicha oportunidad.

Las jornadas fueron una iniciativa conjunta del Instituto Pascual Madoz y del Seminario de Estudios Sociales de la Salud y los Medicamentos del Instituto Flores de Lemus, ambos de la Universidad Carlos III de Madrid. Con ellas se ha querido, ante todo, situar el debate en la Universidad para distanciarlo de los tópicos y prejuicios al uso y hacer posible una aproximación plural, pero reflexiva. En segundo lugar, se ha pretendido fomentar el diálogo, tanto entre las principales disciplinas científicas implicadas (el Derecho administrativo y la Economía de la Salud) como entre éstas y la gestión pública, propiciando la comunicación necesaria entre ciencia y experiencia.

La beca concedida conjuntamente a las Universidades Carlos III de Madrid y Pompeu Fabra de Barcelona por "The Merck Company Foundation", el órgano filantrópico de Merck & Co. Inc., Whitehouse Station, New Jersey, EEUU, financió parcialmente estas jornadas. A ello se suma ahora el patrocinio de este libro por *Merck, Sharp & Dohme España*. Las jornadas se beneficiaron también de la entrega y saber hacer de Carmen Ruiz Jaramillo, que asumió las ingratas labores de coordinación administrativa, y la amable participación de los profesores Muñoz Machado, Santamaría Pastor y De la Quadra-Salcedo, quienes intervinieron como moderadores de sus sesiones y, pese a estar ausentes de esta publicación, han contribuido sin duda a enriquecerla, ordenando intervenciones y animando sabiamente el debate. A todos ellos dirigimos públicamente nuestro agradecimiento.

Getafe (Madrid), julio de 2000.

LOS COORDINADORES

PRIMERA PARTE

LAS BASES CONSTITUCIONALES

CONSTITUCIÓN, SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y FORMAS DE ORGANIZACIÓN

Luciano PAREJO ALFONSO

Catedrático de Derecho administrativo
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. LA SANIDAD Y LA ORGANIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA.—II. EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE REFERENCIA.—III. EL ORDEN LEGAL ORDINARIO EN VIGOR.—IV. LA REORGANIZACIÓN EN CURSO DE LA GESTIÓN DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO: ALGUNAS DE LAS RELEVANTES CUESTIONES QUE SUSCITA.—1. El sistema sanitario público legalmente definido y la innovación de las formas de gestión: la repercusión real de ésta sobre aquél.—2. La falsa, por meramente formal, liberalización de la gestión pública y las posibilidades de verdadera liberalización de la gestión del sistema sanitario público.—3. La legitimidad del ejercicio libre, desconectado en todo caso del programa legal sustantivo aún vigente, de la potestad de organización para la innovación de las formas de gestión del sistema sanitario público.—4. La competencia constitucional para la innovación de las formas de gestión del sistema sanitario público.—5. La suficiencia del rango de la norma autorizatoria de la innovación de las formas de gestión del sistema sanitario público.—6. La viabilidad de las sociedades estatales como formas organizativas de gestión del sistema sanitario público.—7. La viabilidad de las fundaciones sanitarias en mano pública como forma de gestión del sistema sanitario público.

I. LA SANIDAD Y LA ORGANIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA

La sanidad es un sector de la acción estatal presidido por valores e incidente en bienes de alta relevancia constitucional, en el que se

viene asistiendo a un proceso de transformación organizativa importante y singular; singular, porque se desarrolla permaneciendo inalterado, en lo sustancial, el programa legislativo a ejecutar o cumplir por la Administración. Estas dos circunstancias, unidas a las formas organizativas utilizadas para llevar a cabo la aludida transformación, prestan al proceso en curso un más que notable interés por los problemas de enorme porte que suscita.

Se trata, en efecto, de un ámbito de la acción pública, el de la sanidad, que por su objeto (asistencia a la persona; servicio, pues, personal y no territorial) y su especial dependencia de la conciencia colectiva, las disponibilidades económico-financieras, la evolución económico-social (productora constantemente de nuevos riesgos a los que se debe hacer frente, preventiva y correctoramente) y la progresión de los conocimientos científicos y técnicos, lo que equivale a decir de los medios a utilizar, presenta una gran dificultad para su regulación sustantiva, es decir, el establecimiento de su régimen jurídico material. De ahí la transversalidad-horizontalidad y, consecuentemente, la dispersión de las normas que la rigen y de las actividades propias del sector, así como, sobre todo, el predominio en aquéllas de los aspectos organizativos en sentido lato.

Se explica, pues, que el largo y costoso esfuerzo de racionalización y mejora del sector se haya desplegado en el doble y paralelo sentido de la independización y concentración de las prestaciones asistenciales en el complejo sistema de la Seguridad Social¹.

En este esfuerzo y su resultado ha incidido desde 1978 el nuevo orden constitucional en el doble plano sustantivo y competencial. Pues a partir del mismo, la independización, la concentración y la construcción del sistema de la asistencia sanitaria han debido acomodarse en ese doble plano a dicho orden, con repercusión inevitable sobre la organización al servicio de tal sistema. A ello se ha añadido, desde 1985, la interpretación obligada de tal orden a la luz del Derecho comunitario europeo, en el que se ha formalizado una política en materia de salud pública horizontal o transversal presidida por el valor y el objetivo de un alto nivel de protección de la salud humana, que obliga a la hora de la formulación y la ejecución de las restantes políticas, y capaz de transformarse en acciones comunitarias de complementación, cooperación y fomento de las estatales (Título XIII, art. 152, de la actual versión del Tratado de la Comunidad Europea).

En esta situación, es decir, estando aún en curso el doble proceso de independización y de reacomodación organizativo-competencial del

¹ Sobre la sanidad, su evolución y estado actual, véase J. M. FERNÁNDEZ PASTRANA, *El servicio público de la sanidad: el marco constitucional*, Madrid, Civitas, 1984; J. PEMÁN GAVÍN, *Derecho a la salud y Administración sanitaria*, Bolonia, Real Colegio de España, 1989, y, especialmente, S. MUÑOZ MACHADO, *La formación y crisis de los servicios sanitarios públicos*, Madrid, Alianza, 1995.

sistema, en el seno de la instancia general del Estado (pero con proyección inevitable en las Comunidades Autónomas), se pone en marcha otro de reorganización de la gestión aún retenida por aquella instancia general, sin conexión ni coordinación, al menos explícitas, con el anterior y sobre la base de un diseño que se aparta, además, del marco organizativo establecido, poco tiempo antes y para la entera Administración General del Estado, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado. Es cierto que en la Exposición de Motivos del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, se sostiene, restando dramatismo a la introducción de estas nuevas formas de gestión, que se trata sólo de la adecuación de aquel marco general a las características de la sanidad, más concretamente de su «acomodación técnica» a éstas², pero no lo es menos que se trata, con toda evidencia, de una argumentación puramente formal.

Arranca esta innovación de la gestión sanitaria del Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, transformado en la Ley 15/1997, de 25 de abril, cuyo título es altamente significativo: habilitación de nuevas formas de gestión del sistema nacional de salud. Y trae causa de las previas reflexiones que sobre la mejora de la eficacia y la eficiencia de la gestión sanitaria culminaron, sobre la base del llamado «informe Abril Martorell», en el informe de la Subcomisión Parlamentaria para la Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud que, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados en sesión celebrada el día 18 de diciembre de 1997, recomendó, en lo que aquí importa, la potenciación de la autonomía en la gestión sanitaria (compatibilizada con las garantías de correcta prestación del servicio) con: i) separación de las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios; ii) configuración de los centros asistenciales como organizaciones con facultades de decisión efectivas y responsables, órganos de gobierno operativos y participativos, y iii) extensión de las nuevas formas de gestión a toda la red de asistencia pública³.

La Exposición de Motivos del texto legal es inequívoca sobre el real alcance de la medida:

² El párrafo cuarto de la aludida Exposición de Motivos dice textualmente:

«Ha de tenerse en cuenta, además, que la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, incluyó en la categoría de Organismos públicos a las entidades públicas empresariales y a los organismos autónomos, entidades ambas de adaptación compleja al ámbito sanitario, dadas las características propias de este sector. Por ello, con el fin de acomodar técnicamente el contenido y espíritu de la Ley 6/1997 a las peculiaridades del ámbito sanitario y preservar el carácter estatutario del régimen jurídico de su personal, se incluyó en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, la regulación de las fundaciones públicas sanitarias, a través de su art. 111.»

³ Véase, en este sentido, el párrafo tercero de la Exposición de Motivos del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud.

«La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, incorporó al ámbito del sistema nacional de salud un modelo de organización de los centros y servicios caracterizado, fundamentalmente, por la gestión directa, tradicional en las instituciones sanitarias de la Seguridad Social (...).

Al objeto de ampliar las formas organizativas de la gestión de los centros sanitarios, el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, (...) vino a establecer que la administración de los mismos pudiera llevarse a cabo, no sólo directamente, sino indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones y otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer, además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida, generalizando las previsiones contenidas en diversas Leyes dictadas por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.»

En consecuencia, la operación en modo alguno tiene el modesto porte de una «acomodación técnica» que se le asigna, como ha quedado visto, en su regulación reglamentaria general final. Supone una verdadera dilución del modelo organizativo asumido en 1986 por la Ley General de Sanidad vía máxima liberalización de las formas organizativas y de gestión utilizables (que no de la actividad gestionada, cuyo carácter de servicio público se mantiene, siquiera formalmente). Pues esa liberalización tan amplia equivale al establecimiento de la organización a la carta.

Esa liberalización se acompaña, además, lo que en modo alguno es secundario, de una amplísima operación de deslegalización (a dos niveles). La Exposición de Motivos de la Ley 15/1997, de 25 de abril, es aquí también —en su párrafo sexto— perfectamente clara:

«(...) mediante esta norma se habilita expresamente al Gobierno y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas —en los ámbitos de sus respectivas competencias— para determinar reglamentariamente las normas jurídicas, los órganos de dirección y control, el régimen de la garantía de la prestación, la financiación y las peculiaridades en materia de personal de las entidades que se pudieran crear para la gestión de los servicios. En esta previsión, la Ley viene a precisar la facultad otorgada al Gobierno por la disposición final única, 1, del anterior Real Decreto-ley 10/1996 —así como a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas en diversas Leyes autonómicas—, otorgando carácter reglamentario a las decisiones que adopte el Ejecutivo en la materia, y fijando los extremos que deben contenerse necesariamente en dicha reglamentación.»

De hecho, en el art. 1 del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, al determinar el objeto de la norma reglamentaria, sólo se mencionan ya dos Leyes a desarrollar, la 15/1997 y la 50/1998. Pero nótese que estas dos Leyes no representan sino dos escasos artículos: la primera

es de artículo único y la segunda tiene el contenido abigarrado y misceláneo propio de las de adopción de las medidas ligadas anualmente a la Ley aprobatoria de los presupuestos generales. No hay mención alguna, ni directa, ni indirecta, a la Ley General de Sanidad. La reorganización aparece así, pues, a la luz de su verdadero planteamiento: desligada realmente de toda función de desarrollo del programa legislativo de la prestación sanitaria a cuya ejecución debe servir o, si se prefiere, irreconducible —por su contenido y objetivos— a tal función o cometido.

Fácilmente se comprende que tal planteamiento tiene consecuencias que van mucho más allá de las que es capaz de desencadenar una simple «acomodación técnica». Hace ya algún tiempo A. HENSEL⁴ llamó la atención (en una conferencia pronunciada en Berlín en 1927: «La influencia del Derecho tributario sobre la formación de los conceptos del Derecho público», *Hacienda Pública Española*, núm. 22, 1973) sobre la necesaria influencia de la organización administrativa responsable en la aplicación real de la Ley, afirmando al respecto que «el hecho de asignar la ejecución de determinadas Leyes administrativas a un determinado tipo de organización es a menudo algo decisivo para el efectivo contenido jurídico de la norma cuyos efectos definidores nunca se agotan. Es un error científico creer en el invariable contenido de la Ley con independencia del cuerpo organizativo encargado de aplicar la Ley en la realidad».

El cambio organizativo que está así sucediendo ante nuestros ojos en servicio público de tanta trascendencia suscita, pues, interrogantes jurídicos importantes, comenzando por la viabilidad misma de ese cambio en su impacto sobre el sistema legalmente establecido (que formalmente se dice no alterar). Pero también, en un plano ya más concreto, la de alguna de las nuevas formas de organización, como la fundacional, que, en realidad, ha acabado plasmándose en dos distintas: i) las fundaciones en mano pública (creadas en el Real Decreto-ley 10/1996, en relación con la Ley 30/1994, y precisadas en el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero), y ii) las fundaciones públicas sanitarias: creadas en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre (art. 111), y desarrolladas en el Real Decreto citado.

II. EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE REFERENCIA

La Constitución se ocupa de la sanidad tanto en su parte dogmática (en la que le dedica los arts. 41, 43 y 49), como en la organizativa (arts. 148.1.21 y 149.1, 16 y 17), empleando al referirse a ella los con-

⁴ A. HENSEL, «Ponencia presentada en las Jornadas de la *Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer* de 1921», recogida en *Hacienda Pública Española*, núm. 22, 1973.

ceptos de: seguridad social, salud, salud pública, disminución física, sensorial y psíquica (en la parte sustantiva) y sanidad, exterior e interior (en la parte organizativa).

Los tres centrales de entre estos conceptos ameritan una breve reflexión:

a) La mención a la seguridad cualificada de social supone la extensión de este valor constitucional desde su sede primaria en el campo de la libertad personal a la dimensión o esfera de la vida social. Y ello en el contexto de su relación dialéctica con la libertad personal —art. 17 CE—, a través de la cual entronca con el valor superior de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad —art. 10.1 CE— y, en definitiva, la digna calidad de vida de todos (individual y grupal) a que hace referencia el preámbulo de la Norma Fundamental. Se trata de un valor y un bien jurídicos que, en este contexto, remiten simultáneamente a: i) un estado (el que reúne la cualidad de lo seguro, entendiendo por seguro lo libre o exento de todo peligro, riesgo o daño), y ii) una acción dirigida a crear ese estado y a mantenerlo o a evitar cualesquiera disfunciones o fallos que lo quiebren.

b) La salud es, por el contrario, un bien jurídico fundamental, porque remite precisamente a un estado que puede poseerse, cabalmente aquel en el que el ser orgánico ejerce normalmente sus funciones. Es, pues, una libertad o un bien público y particular de cada uno. De ahí que su cualificación como pública pueda comprender tanto la individual como la colectiva. Por ello mismo la disminución física, sensorial y psíquica se ofrece como estado de no salud, precisado de superación.

c) La sanidad, al igual que la seguridad, es simultáneamente un estado (el que posee la cualidad doble de lo sano y lo saludable), que remite a su carácter de valor constitutivo de la vida y de lo necesario para ella, y un conjunto de actuaciones, es decir, una compleja acción dirigida a crearlo, mantenerlo y mejorarlo. Está, pues, en íntima relación con el bien jurídico de la salud.

La sanidad es, pues, un valor que implica y permite una estimativa, un criterio desde el que se hacen posibles juicios apreciativos y despreciativos, positivos y negativos, por relación al bien fundamental de la salud. Y un valor para todo lo que vive y no sólo para el hombre: para éste desde luego y primariamente, como individuo y también grupo social, pero igualmente y con no menor razón para los restantes seres y todo lo que en el mundo hay e influye en la vida. Es significativo, en efecto, que en el lenguaje ordinario, del hombre —como del animal o de la planta— sólo pueda decirse que «está» sano, mientras que de las cosas se diga que «son» sanas o, mejor, «saludables», es decir, benefactoras de la salud y, por tanto, de la vida de aquéllos. La sanidad

es, así, una perspectiva elemental y necesaria de la vida individual y social del hombre en su interacción con el medio ambiente en el que se desenvuelve, está en el centro y en la base de la misma, haciéndose presente en toda ella e impregnándola en su totalidad.

Siendo esto así:

a') Las manifestaciones de la sanidad son necesariamente múltiples, tantas como aspectos relevantes tiene la vida. De la perspectiva que comporta no puede escapar, por ello, el Estado, en cuanto organización al servicio del arreglo de la vida individual y colectiva. Menos aun, cuando el Estado aparece caracterizado, como en nuestra Constitución (arts. 1.1 y 9.2) como social, al que incumbe el deber positivo de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en los que éstos se insertan sean reales y efectivas; remover los obstáculos (como, p. ej., la inseguridad ante los riesgos de la vida en sociedad y la enfermedad) que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos en la vida política, económica, cultural y social. Adquiere sentido desde esta perspectiva la referencia constitucional a la seguridad social.

b') El bien al que está referida la sanidad debe contar y cuenta con la máxima tutela, la que dispensa justamente el orden penal, por lo que: i) la tipificación actual de los delitos contra la salud pública está encuadrada sistemáticamente entre los relativos a la seguridad colectiva; ii) muchos de los restantes delitos contra esta seguridad y, concretamente, los de estragos y, sobre todo, los de riesgo por otros agentes descansan también en la protección de la salud, y iii) los delitos en materia de ordenación del territorio, recursos naturales y medio ambiente guardan análoga relación con ese bien, si es que no aluden directamente a su tutela (así en los arts. 325 y 328 del Código Penal).

La sanidad, en cuanto estado, es sin duda alguna condición y presupuesto (sirviendo a la salud por medio de la seguridad social) de la dignidad y la calidad de vida, lo que vale decir, como ya se ha señalado, del libre desarrollo personalidad individual y social en todos los órdenes. Pues la salud (y, con ella, la sanidad como actividad dirigida a asegurarla), individual y colectiva, privada y pública, es indispensable para aquel libre desarrollo mediante la participación plena, real y efectiva, en la vida política, económica, cultural y social de que habla el art. 9.2 CE, fundamentalmente a través de la actividad productiva (trabajo, profesión u oficio) que proporciona el soporte material de la vida, pero también de la de ocio, esparcimiento y deporte. Se conecta, pues, y a través de los derechos fundamentales a la vida y la libertad y seguridad (arts. 15 y 17 CE; recuérdese el tratamiento sistemático de los delitos contra la salud pública: delitos relativos a la seguridad colectiva), con el valor superior y esencial, por constitutivo del fundamento último del orden político y de la paz social, consagrado en el art. 10.1 CE.

En definitiva, el bloque sanidad-salud es, en la expresada dimensión, verdadero presupuesto de la «posición básica» del ciudadano que se expresa en el elenco de derechos fundamentales y libertades públicas «inherentes» a la persona, considerada en sí misma y en sociedad.

En cuanto actividad, la sanidad debe procurar la existencia continuada y real del estado «en sanidad» o de «salud pública». En congruencia con lo que es, la Constitución la menciona como tal, en efecto, precisamente con motivo de la organización y determinación a favor de los poderes constituidos de los títulos de actuación, es decir, de las competencias (apoderamientos-responsabilidades). Alude a ella y a la higiene en el apartado 21.º de su art. 148.1 como «materia» en la que las Comunidades Autónomas pueden asumir el completo bloque funcional de la legislación y ejecución, si bien esta determinación ha de entenderse, además de con exclusión de la «sanidad exterior» que el apartado 16.º de su art. 149.1 reserva en todo caso a las instituciones generales, en el marco de las bases y la coordinación general de la entera sanidad y de la legislación sobre productos farmacéuticos que idéntico precepto también atribuye a dichas instituciones generales. Se trata, pues, de una actividad de relevancia para el interés general que incumbe y es responsabilidad de los poderes públicos en los términos que resultan de los arts. 1.1 y 9.2 CE y con la orientación que le imprimen los principios «rectores» de las correspondientes políticas públicas consagrados en los arts. 41, 43 y 49 CE, según precisa el art. 53.3 CE: informando (su reconocimiento, respeto y protección) la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

Pero ¿qué disponen estos preceptos sustantivos —concretamente los dos principales: arts. 41 y 43 CE—, que deben informar la actuación de los poderes públicos?

El art. 41 CE impone: i) el establecimiento y mantenimiento de un régimen público de seguridad social universal (para todos los ciudadanos), para ii) la garantía a éstos de iii) asistencia y iv) prestaciones sociales que v) sean suficientes en vi) situaciones de necesidad (cuyo núcleo es la situación de desempleo), siendo vi) la asistencia y las prestaciones complementarias libres. Es claro que las apuntadas situaciones de necesidad o contingencias comprenden igualmente las aludidas en el art. 49 CE.

La garantía que expresa el art. 43 CE guarda evidente conexión con lo que dispone el art. 43 CE: por de pronto i) la consagración del bien de la salud bajo la forma de reconocimiento del derecho a la protección de la salud (derecho, pues, universal, que debe entenderse ínsito, por tanto, en el *status* de ciudadanía, que no de nacionalidad)⁵;

⁵ Sobre la distinción entre nacional, ciudadano y administrado, véase L. PAREJO ALFONSO,

pero seguidamente ii) la de la salud pública (cuyo objeto no sólo es la colectiva, sino también la individual o de cada persona), responsabilizando de ella a los poderes públicos en punto a iii) su organización y tutela a través de iv) medidas preventivas y v) prestaciones y servicios necesarios, junto con vi) la formalización legal formal de los derechos y los deberes de todos al respecto; medidas que deben incluir, en todo caso, vii) las de fomento de la educación sanitaria y física y el deporte, así como viii) de facilitación de la utilización adecuada del ocio, y, por conexión con el art. 49 CE, ix) las que correspondan a una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. El tenor literal del precepto no deja lugar a la duda: compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública. Y ésta aparece concebida de la manera más amplia posible: es pública porque es responsabilidad última del Estado, no porque no comprenda, además de la dimensión colectiva, la individual. Así lo acreditan: el reconocimiento de un derecho, se entiende de la persona, a la protección de la salud; la imposición, naturalmente al poder público competente, de deberes de fomento y facilitación; y, finalmente, la expresa indicación de las medidas preventivas y de las prestaciones y los servicios necesarios como medios de organización y tutela públicas de la salud. En todo caso, la importancia de este bien queda reflejada en los términos de su consagración: aunque el constituyente no está creando ni atribuyendo directamente un derecho individual, se refiere a la salud como derecho y remite expresamente al legislador ordinario, luego, el establecimiento de los derechos y los deberes de todos al respecto. Se está, pues, ante un bien que, por su trascendencia, ha de traducirse, en el proceso continuado de integración social cumplido en el contexto del desarrollo constitucional y a través de la pertinente acción estatal, tanto en derechos y deberes, como en acciones públicas preventivas, prestacionales y de servicio.

La puesta en relación y la interpretación sistemática de los preceptos constitucionales comentados revelan la construcción del orden que éstos definen sobre:

d) La separación de la seguridad social y la sanidad en correspondencia con la diferenciación de ambas materias en la asignación de competencias (art. 149.1.17.º CE para la primera y arts. 148.1.21.º y 149.1.16.º para la segunda).

«El ciudadano y el administrado ante la Administración y su actuación, especialmente la cumplida a través del procedimiento», en la obra colectiva *Administraciones públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Madrid, INAP, 1998. Esta distinción es importante, especialmente para el *status* del extranjero (que puede ser el de ciudadano). Así se desprende de la actual Ley de Extranjería; perspectiva que arroja una luz específica sobre algunas de las cuestiones debatidas a propósito de la proyectada reforma de esta reciente Ley.

e) La regulación de la seguridad social desde una perspectiva objetiva (régimen jurídico, que ha de ser público y ha de proporcionar las suficientes garantías), pero con distinción de un ámbito público (la asistencia y las prestaciones suficientes ante situaciones de necesidad, que se corresponden con aquel régimen asimismo público) y otro privado-libre (la asistencia y las prestaciones complementarias).

f) La regulación de la salud y, por tanto, la sanidad, por el contrario, desde una perspectiva esencialmente subjetiva: la del derecho a la protección salud, para desde ella imponer la consecuente responsabilidad a los poderes públicos, sin distinción de ámbitos público y privado.

g) En ambos casos la regulación constitucional aparece presidida por la universalidad, es decir, teniendo por destinatario a todos los ciudadanos, es decir, definiendo un *status* de ciudadanía.

III. EL ORDEN LEGAL ORDINARIO EN VIGOR

La Ley General de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, no formalmente afectada por la reorganización de la gestión sanitaria en curso, establece un sistema, en desarrollo del anterior orden constitucional, que responde a las siguientes ideas básicas:

a) La reintegración de la sanidad en cuanto acción relativa a la salud: por sanidad se entiende el conjunto de las actuaciones relativas a la protección de la salud y para la efectividad del derecho de los ciudadanos a ella.

En la Exposición de Motivos se afirma, en efecto, que la integración efectiva de los servicios sanitarios es condición de efectividad del derecho a la salud de los ciudadanos y presupuesto de la igualdad en las condiciones de vida.

b) El aprovechamiento, para llevar a cabo la aludida reintegración, de la redistribución de competencias operada por la CE y el consiguiente proceso de transferencias. El Estado en sentido estricto queda, en efecto, reducido a la dirección en los aspectos considerados básicos y la coordinación. El escalón autonómico pasa a ser, así, el centro del sistema sanitario, asegurando la participación de las Administraciones locales.

Se afirma en este sentido en la Exposición de Motivos del texto legal que se está ante una ocasión histórica inmejorable para superar las anteriores deficiencias organizativas, integrando todos los servicios en una organización única.

c) El recurso, como técnica fundamental para asegurar la coherencia de la sanidad, a la articulación de ésta en un sistema nacional

de salud. Éste pivota sobre la organización del conjunto de los servicios de salud por Comunidades Autónomas, que aseguran, por tanto, la integración de los servicios sanitarios, sin perjuicio de la articulación desconcentrada de éstos por áreas de salud. La generalización de esta solución pasa a ser, así, una regla básica del sistema. Se realiza aquí anticipadamente, pues, el modelo de la Administración autonómica como Administración única. Y ello, en la doble dimensión de concentración horizontal y vertical de los servicios sanitarios.

Del sistema nacional de salud montado sobre las ideas expuestas merecen ser destacados los siguientes elementos:

1.º El diseño del sistema desde la doble perspectiva que es propia al orden constitucional pertinente: de un lado, la del derecho constitucional de todos a la protección de la salud y, de otro lado, la del despliegue de las acciones necesarias para la efectividad de ese derecho (acciones, tanto públicas como privadas: junto a la organización de la prestacional pública, el texto legal reconoce expresamente el ejercicio libre de las profesiones sanitarias a tenor de los arts. 35 y 36 CE y también la libertad de empresa para la creación y el mantenimiento de centros sanitarios, previendo incluso la conexión de éstos con los públicos mediante las técnicas de la homologación y el concierto en su Título IV, arts. 88 y siguientes). No hay, pues, asunción total de la actividad de la asistencia sanitaria por el sector público. La sanidad no se configura como servicio público en sentido estricto o subjetivo con monopolio.

2.º La determinación del sistema de salud mediante la fijación de sus principios y fines, la precisión de las actividades fundamentales o básicas y las actuaciones sanitarias del sistema y, finalmente, la concreción de los derechos de todos «con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias»:

— Los principios establecidos son los siguientes:

- i) Universalidad de la asistencia sanitaria pública.
- ii) Igualdad efectiva en el acceso a y el contenido de las prestaciones.
- iii) Autonomía de las Administraciones en punto a la organización y el desarrollo de las propias acciones conforme a la concepción integral del sistema sanitario, sin perjuicio de la adecuación de su organización y funcionamiento a los principios eficacia, celeridad, economía y flexibilidad.
- iv) Participación comunitaria y social en la formulación y el control de la política sanitaria.
- v) Igualdad para todos de las normas de utilización de los servicios sanitarios, con independencia de la condición que determine el acceso.

Por lo que respecta a los derechos que se prevén, procede destacar que muchos de ellos son propios del ciudadano en el contexto de la organización pública, por ejemplo el de participación.

Por último, en lo que hace a las actuaciones contempladas, algunas precisan el ejercicio de la autoridad o el *imperium* (de ahí el establecimiento de un Derecho sancionador al servicio de su efectividad), es decir, suponen la intervención pública en relación con la salud individual y colectiva. Es el caso de los registros, las limitaciones, las autorizaciones, la imposición de requisitos mínimos, las prohibiciones, la intervención de actividades, la incautación e inmovilización de productos, el control de la publicidad y la propaganda comerciales, las inspecciones y los controles.

3.º La diferenciación, dentro del sistema total o nacional de salud y para asegurar la efectividad de éste, de un concreto sistema sanitario público.

4.º La adopción, para el sanitario público, de un concepto funcional de sistema, entendido como conjunto de los servicios de salud, cuyos elementos más sobresalientes pueden resumirse, en lo que interesa, así:

— Definición por características diferenciales claras:

- i) Extensión de los servicios a toda la población.
- ii) Organización adecuada para la atención integral a la salud (promoción de la salud, prevención de la enfermedad, curación y rehabilitación).
- iii) Coordinación y, en su caso, integración de los recursos sanitarios en un dispositivo único.
- iv) Financiación con recursos de las Administraciones públicas, las cotizaciones al sistema y las tasas.
- v) Atención integral de la salud con procura de altos niveles de calidad debidamente evaluados y controlados.

— Coordinación mediante técnicas funcionales:

- i) Índices o criterios, así como fines y objetivos mínimos básicos y comunes de necesidades de personal y centros o servicios sanitarios y de evaluación de la eficacia y rendimiento de programas, centros y servicios sanitarios.
- ii) Marco de actuaciones y prioridades para asegurar la coherencia, la armonía y la solidaridad.
- iii) Planes.
- iv) Sistemas y medios de relación.

— Compatibilización de la organización de los servicios, las áreas y las zonas de salud con la de los centros sanitarios.

Se garantiza, en efecto, la autoorganización de las Comunidades Autónomas por lo que hace a los servicios, las áreas y las zonas, con la sola imposición del respeto a los principios de la Ley, especialmente el de participación. El carácter integrado de los servicios se consigue exclusivamente mediante técnicas funcionales de planificación.

— Contemplación de los hospitales como establecimientos o centros, con funciones determinadas y estructura remitida (servicios aconsejados por la población a asistir, su estructura y problemas de salud existentes), funcionalmente integrados en la red.

Respecto de los servicios de los hospitales, la regulación legal propicia e, incluso, propugna y dispone: i) la autonomía y el control democrático de la gestión; ii) la dirección participativa por objetivos; iii) la evaluación de la calidad como proceso continuado, desde sistemas establecidos al efecto y aplicados internamente y por unidades de control externo de calidad.

IV. LA REORGANIZACIÓN EN CURSO DE LA GESTIÓN DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO: ALGUNAS DE LAS RELEVANTES CUESTIONES QUE SUSCITA

1. El sistema sanitario público legalmente definido y la innovación de las formas de gestión: la repercusión real de ésta sobre aquél

La vigente Ley General de Sanidad:

- i) Parte de o, en todo caso, admite la separación entre planificación y gestión.
- ii) Sienta, en materia organizativa y de funcionamiento, los principios de economía, eficiencia y eficacia.
- iii) Prevé la gestión por objetivos, con evaluación interna y continuada de la calidad.
- iv) Establece la adecuación de la organización y su flexibilidad;.
- v) Compatibiliza la estructura y el funcionamiento del sistema con la autonomía de los centros-establecimientos hospitalarios.

Comparando estas características del vigente sistema sanitario público con los objetivos últimos confesados de la innovación de la organización de la gestión de éste (a saber: autonomía en la gestión, potenciación de la separación de funciones en ésta, configuración de los centros asistenciales como organizaciones autónomas dotadas de órganos de gobierno operativos y participativos y facultades de decisión efectivas y responsables), sólo cabe la sorpresa ante el hecho de que dicha innovación se haya diseñado de espaldas a la Ley. En principio

el marco legal no contiene determinación sustancial contraria a los «nuevos» objetivos perseguidos en la gestión: éstos podrían haberse inscrito perfectamente en el desarrollo normal del texto legal. Esto es tanto más así cuanto que, incidiendo la reforma de la gestión exclusivamente en los centros de base del sistema, cuya organización concreta la Ley General de Sanidad en modo alguno prejuzga, aquélla difícilmente podría entrar en contradicción con ésta.

Ocurre que en la regulación que la reforma de la gestión hace del estatuto de los centros y su personificación no queda clara la relación de dichos centros con la organización de las zonas, las áreas y los servicios salud, especialmente por lo que hace a los términos en que va a ser posible la realización de los principios del sistema sanitario público, reconducibles a la integración y la coordinación. Así lo pone de manifiesto el hecho de que la preocupación en la reforma de la gestión (arts. 4 a 6 del Real Decreto 29/2000) por la planificación, la coordinación y la cooperación se centra exclusivamente en la red del INSALUD y presta muy escasa atención a las técnicas que deben entrar en juego para asegurar tales principios. Pero también el paralelo modo de proceder (arts. 7 y 8 del mismo Real Decreto) por lo que hace a las garantías de las prestaciones y los ciudadanos: se establece que debe proporcionarlas el INSALUD, pero en modo alguno se precisa cómo debe hacerlo.

A lo dicho se suman las Disposiciones Adicionales primera y segunda (siempre del Real Decreto citado), que:

— Admiten la pervivencia, junto a las nuevas, de las antiguas formas organizativas (pues aquéllas no se imponen, basándose su implantación en un proceso de asunción de las mismas por los centros hospitalarios).

— Determinan la integración por las nuevas entidades constituidas en el ámbito de la atención primaria de todos los centros de salud de las correspondientes áreas sanitarias e, incluso, de todos los de dos o más de éstas, de modo que la posibilidad de pluralidad de entidades de atención primaria acaba dependiendo de la existencia de más de un hospital en el área correspondiente.

— Permiten la concentración en una entidad de gestión de todos los centros de atención primaria y especializada.

Medidas todas ellas que demuestran una clara e importante afectación de la organización legal del sistema sanitario público.

Pero, además, las entidades de nueva creación se configuran para la gestión indiscriminadamente de todo tipo de centros, servicios y establecimientos. Para comprobarlo basta la mera lectura de las definiciones que de las diferentes nuevas formas de gestión hacen los arts. 38 (para las fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, es decir, las fundaciones en mano pública), 46 (para los consorcios),

54 (para las sociedades estatales) y 62 (para las fundaciones públicas sanitarias); todos ellos del Real Decreto 29/2000.

En definitiva, pues, la reorganización de la gestión crea un verdadero subsistema, dotado de lógica propia, dentro del sistema sanitario público legalmente definido y aún vigente, en términos tales que en modo alguno garantizan una inserción mínimamente adecuada de aquél en éste.

Se trata de un subsistema, además, que si bien aspira a servir de modelo y, por tanto, a su generalización a todo el sistema, de hecho no se generaliza efectivamente y ni siquiera se garantiza que su generalización tenga lugar.

En la medida en que el subsistema meramente generalizable se diseña y monta en principio sobre la base y con relación a la organización de la gestión propia, es decir, a la que corresponde aún al Estado central, sin comprender así la organización y la gestión que ya se encuentran en manos de las Comunidades Autónomas, el sistema sanitario público, considerado en su conjunto, se torna asimétrico, por más que se diga que el diseño del subsistema responde, a su vez, a una generalización de las medidas adelantadas en este terreno por aquellas Comunidades Autónomas. En efecto:

— La reorganización de la gestión es directa sólo en el ámbito en que dicha gestión pertenece aún al INSALUD (incidentalmente: en la medida en que éste va a tener que ceder, a lo largo del desarrollo del proceso de transferencias aún pendientes, toda la gestión a las Comunidades Autónomas, cabe la pregunta: ¿se trata de una reorganización meramente transitoria y, en todo caso, sin futuro asegurado?). Pero tal reorganización directa es, al menos en parte, voluntaria, concretamente por lo que respecta a las fundaciones y a los consorcios (véanse al respecto las Disposiciones Adicionales cuarta y siguientes del Real Decreto 29/2000). De donde resulta que no se sabe bien cómo funcionan estas dos formas de gestión entre sí y ellas en relación con las restantes (¿deben entenderse éstas supletorias?).

— La reorganización, por el contrario y en el ámbito ya gestionado por las Comunidades Autónomas, resulta, por razones obvias, meramente habilitada, lo que quiere decir que en dicho ámbito es meramente posible.

— La reorganización directa, en la parte en que llegue a realizarse, queda así en una luz ambigua en cuanto a su futuro, tal como se ha adelantado. Pues su específica configuración en el ámbito ya gestionado por las Comunidades Autónomas plantea la cuestión de su régimen en los territorios autonómicos hoy incorporados en la gestión del INSALUD que, en virtud del avance del proceso de transferencias, pasen a engrosar aquel otro de gestión autonómica. ¿Debe entenderse que llegado tal momento se produce automáticamente su transforma-

ción en meramente habilitada y, por tanto, plenamente en la disposición de cada una de las Comunidades Autónomas que asuman efectivamente la gestión? Parece que la potestad de autoorganización constitutiva del núcleo de la autonomía así lo impone en todo caso. De lo que se sigue que, además de asimetría en el sistema, la reorganización no tiene garantizado el cumplimiento de sus objetivos, como no podía ser de otra forma, por acometida por quien tiene ya tan sólo una disposición transitoria cuando menos sobre la gestión del sistema. Circunstancia ésta que de por sí hace cuestionable la reorganización, en cuanto condicionante de decisiones que se sabe ya que, en horizonte temporal previsible, van a ser propias, en todo el territorio nacional, de la instancia autonómica. En prensa ya estas líneas, los medios de comunicación han dado cuenta de la decisión gubernamental de dejar en suspenso la política de conversión de hospitales en fundaciones como instrumento de modernización de la gestión sanitaria. En la fundamentación de la medida se ha invocado justamente el argumento de la lealtad institucional para con las Comunidades Autónomas. De hecho, la Comunidad de Galicia ha optado por convertir las fundaciones sanitarias en entidades públicas (Ley gallega 5/2000, de 28 de diciembre).

Pero la asimetría detectada tiene aún mayor alcance. Pues la reorganización provoca, además e incluso en el ámbito de su operatividad directa, una asimetría interna: la que deriva de la fragmentación y autonomización (funcional) del INSALUD voluntaria o a la carta, con permanencia, pues, de la organización anterior en lo que no sea sustituida en el proceso, voluntario o meramente incentivado, se insiste, de establecimiento efectivo de las nuevas formas de gestión.

Esta doble asimetría, sumada a las anteriores circunstancias, justifica sobradamente la conclusión de que la reorganización analizada altera considerablemente las coordenadas de la ejecución, es decir, las condiciones para la efectividad del sistema sanitario de salud configurado legalmente y, por tanto, subvierte realmente este mismo sistema. En las condiciones que la misma genera cabe, en efecto, dudar lícitamente de la vigencia efectiva de éste.

2. La falsa, por meramente formal, liberalización de la gestión pública y las posibilidades de verdadera liberalización de la gestión del sistema sanitario público

El orden constitucional pertinente, en su momento estudiado, en modo alguno impone no ya la publicación de la sanidad, sino tan siquiera la gestión precisamente pública y bajo forma o formas determinadas del régimen, éste sí público, de la seguridad social, es decir

y en lo que aquí interesa, del sistema sanitario público (comprendido de las prestaciones y los servicios necesarios por referidos a situaciones de necesidad). En efecto:

a) El art. 43 CE, sobre la base del derecho a la salud, se limita a encomendar a los poderes públicos la organización y la tutela de la salud pública mediante medidas preventivas y de las prestaciones y los servicios necesarios. En modo alguno prejuzga el carácter de tales medidas, prestaciones y servicios.

b) El art. 41 CE contempla ciertamente un régimen público de seguridad social, comprensivo también de las contingencias relativas a la salud, que debe ser mantenido por los poderes públicos. Pero la condición de público se predica únicamente del régimen, como resulta —por contraste— de la cualificación como «libres» de la actividad asistencial complementaria de la cubierta por dicho régimen. No quedan aquí tampoco prejuzgados los términos concretos de la configuración de las prestaciones y los servicios sanitarios cubiertos o garantizados por el régimen público.

c) La específica relevancia constitucional de la actividad de asistencia sanitaria, especialmente de la cobertura de situaciones de necesidad, hace de aquélla ciertamente una actividad de interés general. Y de la realización efectiva y adecuada de la asistencia sanitaria necesaria es responsable sin duda el Estado, en tanto que social y en virtud de los arts. 1.1 y 9.2 CE. Pero de ello sólo se sigue que el Estado ha de desplegar una acción positiva de creación de las condiciones que garanticen, en la realidad, la satisfacción de las necesidades sociales en esta materia de conformidad con las exigencias del orden constitucional sustantivo. En modo alguno cabe inferir que esa acción ha de consistir, necesariamente, en la asunción, administrativizándolas, de la gestión y desarrollo de todas las actividades (prestaciones, servicios) que materialmente implique la asistencia sanitaria necesaria.

Así pues, el orden constitucional, si no deja margen alguno en punto al régimen jurídico —que ha de ser público— de la seguridad social, nada concreto dice, más allá, sobre la organización de las prestaciones y los servicios sanitarios o relativos a la satisfacción del derecho de todos a la protección de la salud. La Constitución no impone ni siquiera un determinado y específico modelo de Administración pública, en el sentido de organización-actividad de ejecución de los programas legislativos justamente «administrativos». De ella es inducible más bien un cuadro de soluciones al respecto —cuadro que va desde la organización administrativa territorial, primaria y universal, pasando por la organización de configuración legal, hasta el ciudadano, agrupado o no, es decir, el llamado «tercer sector», cuyas soluciones no son intercambiables sin más, debiendo ser empleadas en función de las finalidades a perseguir y las características tanto del sector de la realidad en el que deben operar como de la propia solución ejecutiva

a establecer—. Y ello porque ese cuadro constitucional de las soluciones organizativas aparece vertebrado por valores y principios —en último término el de la libertad proclamado en el art. 10.1 CE y del que resulta ya, por ejemplo, la preferencia de la solución que menor incidencia produzca en él: la de la Administración civil sobre la militar, la de la menos coactiva, etc.— y establece, por ello, las condiciones de legitimación de la opción escogida desde el mandato, en último término, de la «optimización» de la organización de la ejecución administrativa.

Como es lógico, menos aún —salvo los principios que rigen su estatuto propio, según los arts. 103, 104 y 105 CE— prejuzga la norma fundamental la construcción o configuración y el funcionamiento de las organizaciones administrativas y las técnicas de gestión empleadas para el desarrollo de las actividades que les son propias o están encomendadas. Es claro que estos extremos están en ella fundamentalmente remitidos al legislador ordinario. Puesto que del sistema sanitario público se está hablando, nada hay en el Derecho público en general, ni en el administrativo en particular, que obste a la construcción de la organización administrativa de dicho sistema, incluso sin recurrir a la personificación de ésta (que no es estrictamente precisa en Derecho público para la singularización de centros de imputación de relaciones jurídicas, papel que cumple perfectamente la atribución de potestades-competencias), sobre la autonomización del entero ciclo de la gestión de las prestaciones y los servicios por relación a los centros hospitalarios. Estos podrían configurarse perfectamente como establecimientos públicos dotados de amplia capacidad de decisión y actuación sobre la base de presupuestos y contabilidad propios, sometidos a evaluación por objetivos y conforme a criterios definitorios de estándares de actuación. Es más —prescindiendo ahora de la mera forma organizativa— esta posibilidad es ya realidad positiva desde 1997 al menos para la Administración General del Estado (en virtud de la Ley de organización y funcionamiento de ésta). Y la Ley General de Sanidad monta su sistema de salud justamente sobre tales principios, como ya nos consta.

Para ilustrar con un caso extremo el margen de disposición existente en la materia: siendo así que en el presente caso la finalidad a alcanzar es la efectiva protección de la salud en el contexto de un régimen público de seguridad social, nada se opone en la norma fundamental, en principio, a que, establecido desde luego este último, la realización efectiva de las prestaciones y los servicios se entregue instrumentalmente, incluso, al mercado, si es que la lógica de éste puede utilizarse para conseguir los objetivos de aquel régimen y el sistema logra articularse en tales términos. Por supuesto que esta opción sería discutible por la entidad de los valores y bienes constitucionales en juego y, por tanto, la del interés general a realizar.

Pero no puede descartarse, sin más, como incompatible con el orden constitucional, siempre que efectivamente quede asegurado el resultado de la satisfacción de ese interés general en los términos de su definición por el correspondiente régimen público de la seguridad social.

En la innovación de las formas de gestión del sistema sanitario público que está en marcha no es ésta, la de exploración de las posibilidades de organización, en el marco constitucional, del sistema sanitario público, sin embargo, la alternativa escogida. No ha habido en ella, en efecto, una reflexión a fondo sobre la mejor organización de dicho sistema cara a su eficacia conforme al régimen legal establecido. Responde simplemente más bien a la línea o moda actual conforme a la cual, dada la idea de la ineficacia de «la Administración» que se ha instalado como tópico (a pesar de que no existe ningún estudio empírico mínimamente suficiente que la avale), debe recurrirse a la inoculación en ella de la lógica de la gestión propia de la empresa privada (con desplazamiento y, por tanto, vaciamiento correlativos de la lógica de funcionamiento que le es propia). Para lo cual se entiende necesario, a su vez, el recurso a las formas de organización y personificación jurídico-privadas. No responde, pues, la reorganización de las formas de gestión de la sanidad pública a un diagnóstico real de los males que aquejan a ésta en concreto, sino una extensión a ella del diagnóstico tópico del mal de la Administración pública y, consecuentemente, del tratamiento reservado al mismo. Como su estigmatización doctrinal como «huida del Derecho administrativo» (mejor sería decir, incluso, de la Constitución misma) ha acabado poniendo de relieve, se trata de un tratamiento distorsionador, que provoca más problemas de los que resuelve. Sólo que esos problemas son más difícilmente perceptibles, a pesar de su gravedad, que el efecto eufórico inicial del «cambio» inducido por la «liberación» del «encorsetamiento» del Derecho público y, sobre todo, el mucho más liberador aún del ocultamiento del coste de la nueva solución por desaparición del mismo de la presupuestación y contabilidad públicas.

En consecuencia, pues, el verdadero alcance de la operación de reorganización de la gestión comentada es el de una falsa «liberalización» de dicha gestión, que sigue siendo pública pero se «maquilla» de privada, produciendo así, sobre la alteración de las condiciones de ejecución del sistema legalmente definido ya denunciada, los distorsionadores ahora comprobados, cuya entidad, en el doble plano jurídico (incluso constitucional) y real, no cabe minusvalorar. Téngase en cuenta que la operación de maquillaje es siempre sólo eso, ya que, por definición, no puede alcanzar completamente su objetivo último. De esta suerte su resultado se queda en la sujeción de las nuevas organizaciones tomadas a préstamo del Derecho privado a —recurriendo a la categoría acuñada en Derecho alemán— una suerte de «Derecho administrativo

privado», cuyos perfiles distan de ser nítidos y que abre la puerta entre nosotros a una situación de permanente inseguridad.

3. La legitimidad del ejercicio libre, desconectado en todo caso del programa legal sustantivo aún vigente, de la potestad de organización para la innovación de las formas de gestión del sistema sanitario público

Procede volver a recordar la advertencia de A. HENSEL acerca de la estrecha imbricación entre Ley y organización para su cumplimiento: la primera será, en la realidad, lo que de ella haga la segunda con motivo de su aplicación y ejecución. Especialmente cierta es esta afirmación cuando, como aquí es el caso, de servicios personales se trata: el sanitario tiene por objeto, en efecto, la efectividad del derecho a la protección de la salud y, por tanto, de los derechos de éste legalmente derivados, por lo que la efectividad de los mismos depende necesariamente de la organización encargada de la realización material de las prestaciones. Pues su construcción no puede ser otra que la de derechos frente a tal organización.

Partiendo, como ha de partirse, de la consideración legal del sistema sanitario público como servicio público (en el sentido de actividad encomendada a la Administración), dado que la Ley General de Sanidad continúa plenamente vigente, forzoso resulta estar al estatuto constitucional de la Administración. Conforme al art. 103.1 CE, ésta se agota en el servicio al interés general definido (programado) por la Ley. De ahí justamente el principio fundamental de su sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Se sigue con toda naturalidad de este sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que éste comprende también desde luego la determinación misma de la organización administrativa. Por ello, el propio art. 103 CE precisa inmediatamente en su número 2 que los órganos de la Administración (debe leerse interpretativamente: toda la organización administrativa) son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley.

En materia de organización y en el plano infraconstitucional existe ciertamente, como revela ya la relativizadora expresión constitucional «de acuerdo con la Ley», un gran margen de apreciación y, por tanto, de configuración. Pero en modo alguno existe una completa libertad. La potestad de organización es también una potestad administrativa, de la que en ningún caso cabe predicar un estatuto especial o su juego en un inexistente espacio «interno» exento de Derecho. Rige para ella, desde luego, el principio de interdicción de la arbitrariedad y el, derivado de éste, de la proporcionalidad.

Dadas estas coordenadas, las medidas de reorganización de las formas de gestión del sistema sanitario público en tanto que alteran, sin

justificación suficiente y operando de espaldas y al margen de la Ley General de Sanidad, las condiciones de realización del programa por ésta definido para la protección del derecho de todos a la salud, son más que cuestionables en términos constitucionales. Y ya por la sola razón del cambio de la organización al servicio de dicho programa. Por más que ese cambio tenga propia cobertura legal, pues de una cobertura exclusivamente formal se trata efectivamente. Como ya se ha argumentado, la Constitución define un marco para la organización administrativa, del que resulta un determinado elenco de soluciones u opciones y un sistema de preferencias para la elección entre ellas a los efectos del cumplimiento del principio de «optimización» de la organización de la ejecución administrativa en atención a los elementos de legitimación de ésta. Y las exigencias de este marco se han desconocido pura y simplemente en este caso.

El planteamiento y la estrategia de la operación de reorganización de las formas de gestión del sistema sanitario público incurre claramente en vicios ya tradicionales en el ámbito organizativo; vicios que derivan de la siguiente triple confusión:

a) La que origina la creencia (infundada e irreal) en la ausencia de verdadera especificidad en la gestión pública o administrativa y, por tanto, en la intercambiabilidad de la eficacia y la eficiencia públicas y privadas, sumada a la asunción de la segunda como modelo. Pues de tal creencia se deduce sin más la afirmación de que dichos valores sólo son realizables vía pluralismo de los sujetos agentes gestores y dotación de éstos con una autonomía análoga a la privada, haciéndose necesaria así su construcción con las técnicas de la personalidad y la capacidad jurídica universal.

Subyace aquí el pesimismo radical que actualmente se ha instalado en torno a la gestión pública o administrativa y las posibilidades de su innovación y actualización, que alimenta el desprecio de las técnicas propias del tráfico jurídico-público. En éste son superfluas, además de radicalmente inadecuadas, la personalidad y la capacidad jurídicas. Sencillamente porque la organización administrativa se articula por entero sobre una técnica propia: la de la competencia, que se basta para singularizar los centros u órganos de la acción administrativa y, por tanto, de las relaciones que de ésta se derivan.

b) La consecuente confusión entre la capacidad jurídica privada y la «capacidad» (en realidad: competencia) jurídico-pública. La competencia se maneja, en efecto, como capacidad jurídica y capacidad jurídica plena o universal equivalente a la tipo de un sujeto ordinario del Derecho. De esta suerte se produce el fenómeno absolutamente injustificable de que una organización o un órgano administrativos dotados de cierta competencia (tomada como capacidad) se entiende que puede, en ejercicio de la potestad de organización, crear, para

el cumplimiento de funciones incluidas en esa competencia, otra organización u otro órgano que, sin embargo, puede tener una forma, un estatuto y una competencia (aquí de nuevo concebida como capacidad) que no serían posibles en quien los crea. Es decir, se admite que la Administración, por efecto taumatúrgico de la potestad de organización, puede crear organizaciones-órganos derivados que quedan exceptuados, siquiera parcialmente y con alcance diverso, de las exigencias del estatuto constitucional de toda la Administración.

Esta confusión es la que luce, por ejemplo, en la nueva redacción que al art. 5 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, declarado nulo —por razón exclusivamente competencial— por la STC 61/1997, de 20 de marzo, la Ley 11/1999, de 21 de abril. Otorga el precepto legal a las entidades locales, en efecto, «capacidad jurídica plena» para realizar actos con relevancia jurídica «para el cumplimiento de sus fines y en el ámbito de sus competencias» y «de acuerdo con la Constitución y las leyes», es decir, mediante una fórmula amplia e indeterminada, cuyos términos son más bien propios de la capacidad jurídica típica de Derecho privado. Aunque esta prescripción pueda responder a demandas de la realidad y esté relacionada la cláusula general de habilitación que, para los Municipios, se contiene en el art. 25.1 de la citada Ley 7/1985, de 2 de abril, es claro que ésta ni justifica, ni otorga soporte a una capacidad jurídica universal equivalente a la de las personas privadas, impropia de las Administraciones, sencillamente porque éstas, al carecer de fines propios, construyen su actividad persiguiendo no fines propios sin otro límite que los de licitud definidos por el ordenamiento jurídico, sino precisa y únicamente los asignados e impuestos por éste y en los términos prescritos por él. Las Administraciones únicamente tienen competencia.

Hay aquí una confusión grave, muy ilustrativa a los efectos que ahora importan, entre capacidad jurídica y responsabilidad universal por la gestión del círculo de intereses de la colectividad institucionalizada (la satisfacción de sus necesidades y aspiraciones mediante la traducción de éstas en políticas públicas locales). La responsabilidad universal es propia de las Administraciones territoriales y, muy especialmente, de las de naturaleza corporativa como las locales. En ella se expresa la que la dogmática alemana califica de «creatividad» de tal tipo de Administraciones, cabalmente para poder dar respuesta a las cambiantes necesidades de los ciudadanos. Esa creatividad comporta una limitada, pero efectiva, competencia para precisar la propia competencia, que hace capaz a la Administración de adecuar y actualizar su esfera de acción, acotada legalmente, en función de la evolución de las citadas necesidades. En consecuencia, se reconduce técnicamente sin dificultad a la exigente construcción de la «capacidad jurídico-pública» como suma de potestades-competencias.

La fuerza de esta interesada confusión de la competencia y la capacidad jurídica es tal, como se ve, que no ha podido ser contrarrestada con el enérgico y claro esfuerzo en contra realizado por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, cuyo art. 2.4, con una redacción con evidente finalidad didáctica, dispone tajantemente que «las potestades y competencias administrativas que, en cada momento, tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros».

La confusión que se comenta alcanza un grado máximo en la operación innovadora de las formas de gestión del sistema sanitario público: el artículo único de la Ley 15/1997 establece (en su número 1) un apoderamiento genérico nada menos que para la constitución de cualesquiera, es decir, de todas las entidades «de naturaleza o titularidad pública» admitidas en Derecho. Y ese apoderamiento se transforma, en los arts. 2 y 3 del Real Decreto 29/2000, en una autorización para que la gestión y la administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios pueda llevarse a cabo, en el ámbito del INSALUD, a través de fundaciones en mano pública (constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre), consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias, «así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público». No es casual, por tanto, que el art. 40 del Real Decreto 29/2000 hable, a propósito de las fundaciones en mano pública, de «capacidad para fundar», refiriendo ésta al Instituto Nacional de la Salud.

c) Finalmente, la confusión acerca de la disposición sobre el régimen de la organización, el funcionamiento y la actividad de los sujetos públicos. El régimen propio de tales extremos no es único. Mientras el de la actividad *ad extra* a desplegar por el sujeto es disponible (en el sentido de que puede integrarse también por normas de Derecho privado, si las reglas que establecen son adecuadas y útiles, valen igualmente para la regulación de que se trate), siempre que se respete el programa legal y los fines a que éste responde, no lo es nunca el régimen del sujeto mismo que debe desarrollar esa actividad. Pues este régimen, por lo mismo que referido precisamente al sujeto y su configuración y funcionamiento como tal es necesariamente —por exigencia constitucional— público, por construido a la inversa que los sujetos privados (es decir, sobre el principio de heteronomía; la actuación respaldada en y articulada como ejercicio de potestades y competencias; y el carácter público de los procesos decisionales correspondientes a esa actuación precisamente por consistir en el ejercicio de potestades y competencias regidas por el principio de legalidad en su formulación específica para la Administración pública). El régimen

de la organización y el funcionamiento de las organizaciones y los órganos públicos es, pues, siempre exclusivamente público-administrativo.

Lo dicho hace cuestionables los siguientes aspectos de la introducción de nuevas formas de gestión en el sistema sanitario público:

1.º La libertad de elección de las formas de organización entre todas las admisibles en Derecho, con las solas limitaciones, que no son tales, de su naturaleza o titularidad pública (no hay aquí limitación, porque la titularidad pública abre la puerta al recurso a cualesquiera formas organizativas privadas) y de la preservación del servicio público (que tampoco supone limitación, en tanto que presupuesta justamente la libertad en la organización del servicio público).

Es claro que esta libertad traduce no tanto una verdadera potestad-competencia, cuanto una capacidad universal, equiparando al sujeto titular de la facultad organizativa a un sujeto ordinario; equiparación ésta inadmisible, como ha quedado visto.

Tampoco la indiferencia de la forma organizativa empleada en cada caso concreto merece juicio más benévolo. Tal indiferencia es incompatible ya con la Ley General de Sanidad misma a la que las formas organizativas de gestión deben servir. Y lo es porque no sólo alteran el modelo de ejecución implícito en el texto legal, sino que impiden de suyo cualquier modelo, destruyendo así, como ya se adelantó, las condiciones indispensables para la efectividad del programa legal. Pero es incompatible también con la Constitución misma, que si bien deja un amplio margen para el ejercicio de la potestad de organización, no autoriza en modo alguno, según se ha establecido ya, la plena intercambiabilidad de las fórmulas organizativas.

2.º La elección sin más de la fórmula de la descentralización funcional para los centros que constituyen la base del sistema sanitario público, sin tener en cuenta la preferencia constitucional sobre ella de la descentralización territorial, sobre todo cuando habría tenido como destinatario plausible la Administración local en tanto organización que aúna las legitimaciones que proporcionan los principios democrático y de autoadministración.

La elección resulta cuestionable desde el propio planteamiento de la operación de reorganización analizada, ya que en éste se prescinde realmente del marco legal de cuya ejecución se trata. En consecuencia no cabe invocar para ampararla o justificarla la exclusión por la propia Ley General de Sanidad de toda competencia significativa de las corporaciones locales. En realidad, esta exclusión se explica en dicho texto legal por la finalidad de la operación que éste cumple: la integración de los servicios sanitarios vía descentralización funcional de éstos en el ente gestor de la Seguridad Social: el INSALUD. Pero la reorganización de que ahora se trata se sitúa en óptica distinta y concre-

tamente en la de potenciación del carácter participativo de la organización gestora (cada uno de los centros asistenciales, fundamentalmente los hospitalarios), de la articulación de ésta justamente sobre la fórmula de la autoadministración (consagrando una suerte de corporativismo interno de los centros o establecimientos) y el otorgamiento a la misma (a cada centro) de amplia autonomía de gestión. Y ello, sobre todo por lo que hace a las fórmulas en las que se centra la innovación: las fundaciones y los consorcios. Si éstos eran y son los objetivos, su mejor consecución habría debido conducir justamente, en términos constitucionales, a la descarga de la gestión en la Administración local.

3.º La determinación del régimen de organización y funcionamiento de las nuevas formas organizativas, como de la actividad sanitaria (aunque esto último es lo menos trascendente) en términos que reflejan la imposibilidad del propósito perseguido. Pues ese régimen se queda (por incidencia inevitable del orden constitucional) a medio camino en la «liberalización» de la gestión (la transposición del modelo privado), generando la apariencia de un sistema nuevo que, en realidad, opera en régimen de específico «Derecho administrativo privado». Se crean, en efecto, entidades con personalidad incluso privada, pero con imposición a todas las creadas y, por tanto, también a aquéllas, en virtud de la normativa jurídico-administrativa que formaliza la reorganización, de una organización básica y de las reglas fundamentales de funcionamiento. En este sentido merecen ser destacadas las reglas sobre participación social, garantías de los ciudadanos y el sistema de responsabilidad patrimonial y de defensa y representación del entero sistema, centralizados en el INSALUD.

4.º La ausencia de claridad, de suyo criticable, en punto nada menos que a aspectos capitales de la organización de la acción sanitaria: todos los relativos al necesario ejercicio, conforme a la Ley General de Sanidad, de facultades de *imperium*, cuyo régimen jurídico queda en la más absoluta penumbra.

5.º La no resolución efectiva del grave problema que la reorganización misma genera: el de la necesaria superación, en el momento de la prestación de los servicios sanitarios, del pluralismo organizativo de base (centros y establecimientos autónomos y con amplia capacidad de decisión y actuación) y la concepción legal de dichos servicios como conjunto articulado, es decir, como verdadero sistema funcional que es el destinatario (y, en tal condición, responsable de su efectividad) cabalmente del derecho a la protección de la salud y de los derechos de configuración legal de él derivados. A este respecto la reorganización ofrece un panorama de confusión e inseguridad, que lo menos que puede decirse es que no satisface adecuadamente las exigencias de los principios proclamados en el art. 9.3 CE.

4. La competencia constitucional para la innovación de las formas de gestión del sistema sanitario público

La delimitación de competencias en materia de sanidad se cumple, como es obvio, en el bloque de la constitucionalidad: como quiera que al Estado central sólo se reserva, aparte toda la sanidad exterior, las bases y la coordinación general de la sanidad (interior) (art. 149.1.16.º CE), es claro que las Comunidades Autónomas pueden asumir y han asumido la legislación de desarrollo de la básica estatal y, por supuesto, la ejecución. Interesa destacar que la delimitación así cumplida en el plano normativo no precisa de ninguna decisión, ni medidas posteriores para ser efectiva: los espacios decisionales y de actuación resultantes quedan desde dicha delimitación inmediata y plenamente en la disposición del Estado central y, en su caso, de las Comunidades Autónomas.

La regulación básica ha sido establecida por la vigente Ley General de Sanidad. No habiendo sido ésta modificada, ni siquiera por la reorganización de las formas de gestión del sistema sanitario público, el espacio competencial normativo autonómico comprende cuanto no esté cubierto u ocupado por aquella regulación. Y ello naturalmente incluso por lo que hace a las Comunidades Autónomas a las que ya se han efectuado los correspondientes traspasos de servicios.

Pues bien: en la Ley General de Sanidad la organización de los centros y establecimientos sanitarios no es cuestión básica, no pertenece a los extremos cuya regulación queda en la disposición, conforme a dicha Ley, del Estado central. Difícil habría sido en todo caso otra solución, teniendo en cuenta la consideración de la actividad propia del sistema sanitario público como servicio público y la pertenencia de la potestad de organización de los servicios públicos de ellas dependientes al núcleo mismo de la autonomía propia de las Comunidades Autónomas.

No obstante ser esto así y referirse la innovación de las formas de gestión del servicio público sanitario precisamente a los centros y establecimientos de prestación del mismo, la reorganización de dichas formas de gestión se extiende sin más a las Comunidades Autónomas. El párrafo 2.º del artículo único de la Ley 15/1997 (no así ya el art. 111 de la Ley 50/1998) dispone que corresponde a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas en el ámbito de competencias correspondiente —además de al Gobierno y mediante Real Decreto en el suyo— determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios.

El legislador estatal, al operar en terreno declarado no básico por decisión propia, carecía y carece absolutamente de competencia para disponer esa extensión de la reorganización que acomete y que el mismo reconduce luego, en 1998 y para las fundaciones públicas, al ámbito de gestión del INSALUD. Y esta falta total de competencia debe predicarse incluso para este último ámbito, es decir, para aquel en el que en el momento de efectuarse aquella extensión pendía aún el proceso de traspasos de servicios a las correspondientes Comunidades Autónomas. Pues el traspaso de servicios, según tiene establecido una bien conocida doctrina del Tribunal Constitucional y resulta del sentido común, representa tan sólo una operación subordinada, en modo alguno normativo-competencial, cuya realización no puede constituir una condición para la vigencia de la delimitación, normativa, de las competencias en materia sanitaria. Una cosa es que las Comunidades Autónomas que no hayan recibido aún los traspasos no puedan materialmente prestar el servicio público sanitario por carencia de los medios personales, económicos y materiales precisos al efecto y otra cosa bien distinta es que no sean las competentes para dictar la legislación de desarrollo de la legislación básica estatal y, por tanto, las únicas que pueden adoptar en este terreno las pertinentes decisiones.

Se impone, así, la conclusión de la inconstitucionalidad, por razón competencial, desde luego de la extensión de la reorganización más allá del ámbito de gestión del INSALUD, pero incluso de la decisión misma de la reorganización. En cuanto referida al ámbito del INSALUD esta última sólo puede estimarse constitucional desde el punto de vista de la retención por la Administración General del Estado en el mismo de la prestación del servicio público y, por tanto, también de la potestad de organización del mismo. No obstante, surge aquí la cuestión de la validez del condicionamiento (por el carácter puramente transitorio, cuya conclusión se encuentra pendiente sólo de la verificación de la operación subordinada del traspaso de los medios, en el período así calificable por tanto de transitorio y en materia ya no de la titularidad competencial del Estado central) de las fórmulas de organización y, consecuentemente, de la potestad de organización de las Comunidades Autónomas verdaderamente competentes. Parece claro que esa cuestión merece una respuesta negativa desde la perspectiva, pertinente, del estatuto de la potestad de organización. Presidido éste por los principios de interdicción de la arbitrariedad y de proporcionalidad, ninguna duda ofrece la desproporción de la medida estatal. Tanto más, cuanto que los mismos fines, perfectamente compatibles —como ya se ha razonado— con la vigente Ley General de Sanidad, podrían haberse conseguido: i) sin afectar al sistema por ésta diseñado, no digamos ya sin diluir completamente, como se ha hecho, cualquier modelo organizativo, y ii) empleando técnicas jurídico-públicas (p. ej., otorgando autonomía presupuestaria y de gestión, con

la contrapartida de la evaluación de ésta por objetivos y estándares de rendimiento, a los centros hospitalarios, configurados como establecimientos-organismos públicos).

En todo caso y con independencia de lo dicho, hay en la medida estatal de reorganización un vicio evidente: el de ilegítima redefinición de lo básico por la vía sedicentemente inocua de la innovación de las formas de gestión.

5. La suficiencia del rango de la norma autorizatoria de la innovación de las formas de gestión del sistema sanitario público

Estando implicado en la reorganización de la gestión sanitaria cuando menos el o los principios rectores contenidos en el art. 41 CE, de los arts. 53.3 y 103.2 CE resulta que para ella rige constitucionalmente una reserva de Ley, siquiera sea ésta relativa. Y esta reserva se ha observado en el presente caso, siquiera sea formalmente.

Pero lo cierto es que materialmente dicha reserva no puede tenerse por efectivamente cumplida. Y ello porque:

La Ley no es que no haya agotado la regulación directa posible, es que abiertamente ni siquiera lo ha intentado, dado su claro propósito de otorgar una libertad prácticamente ilimitada de configuración organizativa en sede reglamentaria, de suerte que la norma de este carácter queda así habilitada para abordar la regulación propia en términos prácticamente independientes o carentes de cualquier directriz positiva de la Ley formal.

La prueba más concluyente, que excusa cualquier ulterior argumentación, la proporciona el contenido dispositivo del Real Decreto 29/2000, que, operando incluso en el ámbito propio de la Administración General del Estado, se entiende facultado para establecer, con el rango que le es propio y como disposiciones comunes a todas las nuevas formas de gestión, la regulación de extremos que, en el marco general ordenador de la referida Administración General del Estado, tienen rango legal formal por contenerse directamente en la Ley de Organización y Funcionamiento de ésta.

En consecuencia, la Ley 15/1997 ha efectuado, incluso para el ámbito de gestión del INSALUD, una operación deslegalizadora que merece reproche de inconstitucionalidad por lo que hace a: i) los aspectos normados directamente por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, pero ii) además y dada la función constitucional que desempeña dicha Ley (en el contexto del régimen jurídico de las Administraciones públicas previsto por el

art. 149.1.18.º CE), también a los otros extremos que el mismo texto legal determina que han de regularse por Ley (p. ej.: creación, modificación y extinción de los organismos; arts. 61 y siguientes) y que en la operación de reorganización analizada pueden regularse y de hecho se regulan por norma reglamentaria, concretamente el ya mencionado Real Decreto 29/2000.

La irregularidad constitucional de la medida estatal no queda, sin embargo, en lo dicho. Pues al disponerse la deslegalización de forma que penetra directamente al interior de los ordenamientos autónomos de las Comunidades Autónomas, supone una indebida manipulación del sistema de fuentes y toma de decisiones interno de éstos, es decir, de su distribución interna del poder, de su sistema institucional. El legislador estatal se ha sentido capaz nada menos que para autorizar él, prescindiendo no ya del Estatuto de Autonomía y del legislador autonómico correspondientes, sino incluso de las decisiones, es decir, normas legales que éste haya podido previamente aprobar en la materia, estén vigentes y resulten contradictorias con semejante autorización, establecida en el artículo único de la Ley 15/1997. Se trata de una autorización que es, pues, a todas luces inconstitucional.

6. La viabilidad de las sociedades estatales como formas organizativas de gestión del sistema sanitario público

Según ya se ha dicho, la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado ha definido para toda ésta el marco general a que la misma debe ajustarse en las materias que constituyen su objeto. De acuerdo con ese marco las sociedades estatales no son ya una opción organizativa válida y utilizable para la prestación de servicios públicos, como lo es inequívocamente el sistema sanitario público. Las organizaciones fruto de la descentralización funcional de actividades propias de la referida Administración se reducen, en la Ley, a los organismos autónomos y las entidades públicas empresariales, ambos tipos de organizaciones encuadrados en la categoría de los organismos públicos. De ahí que: i) la Disposición Derogatoria única del citado texto legal derogue efectivamente los arts. 4 y 6, apdos. 1.b) y 5, de la Ley General Presupuestaria, y ii) la Disposición Transitoria tercera del mismo obligue a la adecuación al marco legal general de las entidades incluidas en la letra b) del apartado 1 del citado y derogado art. 6 de la Ley General Presupuestaria, es decir, de las sociedades estatales. El ingenuo y al mismo tiempo burdo expediente al que recurre el art. 55 del Real Decreto 29/2000 con ocasión de la regulación de la forma de gestión «sociedades estatales»: una referencia genérica a dicho art. 6 de la Ley General Presupuestaria, en modo alguno salva el expresado y obstativo inconveniente legal.

De esta suerte, en su concreción última reglamentaria la medida estatal de reorganización no sólo infringe el marco legal de organización administrativa que le vincula, infringe también la parca cobertura legal en que descansa: la Ley 15/1997. Pues ésta únicamente autoriza las formas organizativas de naturaleza o titularidad pública que estén admitidas en Derecho. Como se ha argumentado, la sociedad estatal no era, ni es, una forma organizativa admitida en Derecho para la gestión de un servicio público como el sistema sanitario público.

Las sociedades mercantiles estatales están fuera y al margen del marco organizativo de las actividades propias de la Administración General del Estado. Por ello se alude a ellas exclusivamente en la Disposición Adicional duodécima de la Ley de Organización y Funcionamiento General del Estado, remitiendo su régimen al Derecho privado y excluyendo que puedan disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública. No se trata de una simple opción del legislador, responde a una necesidad de fondo: la neta diferenciación de las actividades materialmente públicas o administrativas y las privadas aunque sean de titularidad pública total o parcialmente. Necesidad reconducible tanto al orden constitucional, que distingue las actividades administrativas de las actividades de contenido económico desarrolladas a iniciativa de la Administración pública, cuyo estatuto es el común en el contexto del mercado: arts. 103 y 128.2 CE; como también al orden comunitario-europeo, al que es consustancial la distinción entre ambas desde un concepto material de ellas (y, por tanto, de la Administración pública y de la empresa) a fin de garantizar que todas las de contenido económico que deban desarrollarse objetivamente, es decir, con independencia de su titular y de su forma organizativa, en el contexto del mercado queden efectivamente sujetas al régimen de la libre competencia.

La única modulación del marco organizativo general a que podía haber recurrido, pues, la medida de reorganización de la gestión del sistema sanitario público para atender sus supuestas peculiaridades es la contenida en la Disposición Adicional sexta del texto legal. Pero sucede que esta Disposición determina la aplicación a las entidades gestoras de la seguridad social de las disposiciones relativas precisamente al tipo de organismo público «organismo autónomo», autorizando luego únicamente el establecimiento por la legislación específica de las referidas entidades de variantes al régimen general previsto para el personal y la gestión económica-financiera, patrimonial, presupuestaria y contable.

No puede dejar de mencionarse que a la hora del diseño y desarrollo se era perfectamente consciente de las exigencias del marco legal general expuesto. Así lo prueba la previsión por el propio Real Decreto 29/2000 (art. 63) de la aplicación supletoria, para todo lo no dis-

puesto de forma distinta en él, precisamente de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

En conclusión: dada la función constitucional que, como ha quedado argumentado, cumple la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado en el contexto y formando bloque con la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (art. 149.1.18.º CE), su infracción constituye, a su través, una infracción del orden constitucional; vicio en el que, por tanto, incurre la medida estatal sobre nuevas formas de gestión en materia de sanidad pública.

7. La viabilidad de las fundaciones sanitarias en mano pública como forma de gestión del sistema sanitario público

Esta cuestión se plantea exclusivamente para las fundaciones en mano pública, es decir, aquellas cuya fundación al amparo de la Ley 30/1994 fue autorizada por el Real Decreto-ley 10/1996 y, por tanto, la Ley 15/1997. Las fundaciones públicas, es decir, las que derivan del art. 111 de la Ley 50/1998, ningún problema suscitan desde el punto de vista de su viabilidad, toda vez que, como ha venido a precisar el Real Decreto 29/2000, no son otra cosa, a pesar de su denominación, que organismos públicos encuadrados, con modulaciones (sobre el tipo «entidades empresariales públicas»), en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado. Aunque sí lo suscitan desde luego desde la perspectiva, desarrollada en el punto anterior (al que procede ahora remitir a este efecto), de la observancia del marco general organizativo vinculante para cualquier solución de la gestión de actividades propias de la referida Administración y, por tanto, también del Instituto Nacional de la Salud.

Los términos en los que se mantiene la figura de las fundaciones en mano pública, a pesar de la posterior creación de la de las fundaciones públicas, son bien ilustrativos de que se trata, en realidad, no de organizaciones públicas, sino de verdaderas organizaciones privadas de titularidad pública. La regulación que de ella hace el Real Decreto 29/2000 no deja lugar a duda: conforme a su art. 40 el Instituto Nacional de la Salud, cuando constituye una de estas fundaciones, ejerce su capacidad para «fundarla»; y su art. 39 precisa que, con independencia de lo estatuido en el propio Real Decreto, dichas fundaciones se rigen, en todo caso, por la Ley 30/1994, es decir, por la norma ordenadora de las fundaciones en general.

La cuestión propuesta debe abordarse, así y como ya he tenido ocasión de hacer con otro motivo⁶, desde el doble ángulo de la fun-

⁶ Véase el prólogo del autor al libro de M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y*

dación como institución y como derecho constitucional precisamente de fundación para fines de interés general con arreglo a la Ley proclamado en el art. 34.1 CE.

El art. 6.4 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada, parece contener una definición de capacidad fundacional de carácter general en favor de la Administración pública en su conjunto. El juicio sobre esta prescripción no puede depender sólo de su interpretación más o menos afortunada para su armonización con la naturaleza y el estatuto del sujeto destinatario de la habilitación. Pues tiene implicaciones constitucionales claras.

El objeto de la Ley es, en efecto, la regulación de un derecho constitucional reconocido como parte del orden social sustantivo que establece y garantiza la Constitución y al servicio de cuya realización está justamente el Estado del que forma parte la Administración. No puede olvidarse que el art. 34 CE está ubicado sistemáticamente en la Sección 2.^a, «De los derechos y deberes de los ciudadanos», del Capítulo II, «Derechos y libertades», del Título I, «De los derechos y deberes fundamentales». Como resulta de la propia literalidad de la norma constitucional, y ha tenido ya ocasión de establecer el Tribunal Constitucional —al menos para los «fundamentales» susceptibles de amparo, pero en forma extrapolable a los restantes—, estos derechos y deberes son de los ciudadanos, es decir, de las personas físicas y, todo lo más y ya con matices, de las jurídicas por ellas creadas, es decir, de los sujetos ordinarios del Derecho, en modo alguno de los poderes públicos «constituidos» que, por serlo, poseen —en especial la Administración— un código de actuación bien distinto y aun contrapuesto. Lo que no dice nada acerca del reconocimiento a los poderes públicos, con carácter instrumental y cuando no violento su naturaleza intrínseca, de algunos de los derechos constitucionales (como, por ejemplo, el instrumental de la tutela judicial efectiva). Por tanto, el precepto legal que nos ocupa debe ser objeto, en cualquier caso, de una interpretación estricta. Tanto más cuanto que, en el caso del derecho de fundación y por su contenido, su atribución a la Administración carece de verdadero sentido. Constitucionalmente hablando (art. 103.1 CE), ésta es, y sólo es, una institución permanente y servicial del interés general definido por la Ley mediante la ejecución de ésta. Por tanto, no puede ser al mismo tiempo un sujeto que, para cumplir sus fines de interés general trascendiéndose a sí mismo, deba, y sobre todo pueda, integrar su capacidad (inexistente, como ya nos consta; mejor: su competencia) con la facultad de crear organizaciones fundacionales para cumplir tareas de interés general por ella misma defi-

fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios, Madrid, Marcial Pons, 1999.

nidas en el marco de la Ley. Sencillamente, porque esto último contraviene, frontalmente, la construcción constitucional de la Administración, conforme al principio de legalidad, sobre la competencia o suma de poderes concretos, acotados, referidos a materias específicas y teleológicamente determinados. Construcción ésta que, para la Administración General del Estado, se encuentra perfectamente precisada en el art. 2.4 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la misma.

Con independencia de la evolución experimentada en los últimos tiempos por la fundación y su construcción dogmática por la doctrina jurídico-civil, la atribución sin más a la Administración del derecho de fundación implica una desnaturalización de aquélla, como ha destacado J. CAFFARENA⁷. A la fundación sigue siendo consustancial, en efecto y como destaca la doctrina civil (por todos, el autor citado), la objetivación de una actividad de interés general a través del negocio fundacional, que es un acto de liberalidad del que resulta la afectación permanente de un patrimonio al fin fundacional, y la diferenciación, por tanto, de la fundación (su voluntad y sus fines) del fundador (su voluntad y sus fines). La Administración no puede «objetivar» mediante acto propio un fin de interés general, diferenciándolo de los fines de interés general a los que ella misma sirve y afectando permanentemente un patrimonio público al mismo (en contra del régimen general de dicho patrimonio), ni desentenderse organizativa y funcionalmente de la actividad de interés general por descarga de ésta en una organización cuyo estatuto implica la separación de su creador.

No puede llegar a convencer, pues, la tesis armonizadora de J. L. PIÑAR MAÑAS⁸, que salva la atribución de «capacidad fundacional universal» a la Administración mediante una reserva de prohibición a las Leyes administrativas, es decir, precisamente de las llamadas constitucionalmente a determinar positiva y exclusivamente toda la competencia (que no la capacidad) de aquélla. De resultar cierta esta tesis, y el argumento parece por sí mismo concluyente, habría de aceptarse algo que en modo alguno es de recibo: la competencia inherente a cualquier Administración (en realidad, de los órganos superiores de gobierno correspondientes), desde la entrada en vigor de la Ley de Fundaciones de 1994, para alterar libremente y por su sola voluntad, en favor de la fundacional (en sentido estricto: fundaciones en mano pública), las soluciones organizativas para la ejecución de cualesquiera Leyes u otras normas administrativas, siempre que de éstas no se derive explícita o implícitamente una exclusión o prohibición. Y habría sobrado desde luego la habilitación explícita que, para la materia sanitaria,

⁷ J. CAFFARENA, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley de fundaciones y de incentivos fiscales*, Madrid, Escuela Libre y Marcial Pons, 1995, p. 50.

⁸ J. L. PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *REDA*, núm. 97, p. 46.

sí se entendió desde luego necesaria primero en 1996-1997 y luego en 1998.

M. VAQUER⁹ invierte por ello los términos de la tesis anterior: la entrada en juego de la habilitación general comentada depende para él de una previsión expresa de la pertinente normativa administrativa. Pero para hacer esa inversión recurre a una distinción en la Administración pública de una doble competencia (capacidad de obrar), pública y privada, con la que tampoco puede estarse de acuerdo, al menos sin precisiones importantes, por el peligro de confusión que encierra, como ya ha quedado aquí en su momento ampliamente razonado. La Administración tiene una única competencia, siempre y exclusivamente determinada por las normas idóneas para integrar su estatuto como sujeto público que es; lo que no quiere decir que esa competencia, cuando así resulte de los apoderamientos que incluya, no pueda contener habilitaciones para realizar actos con arreglo al Derecho privado, cuyas normas, cuando sirvan sin más al desarrollo de la actividad administrativa, pueden y aun deben integrar con normalidad el Derecho aplicable, a título cabalmente de Derecho común. Para ser explicadas tales habilitaciones no precisan ser encuadradas en una «capacidad privada»; sencillamente forman parte integrante de la competencia propia de la correspondiente Administración.

En consecuencia, la habilitación genérica contenida en el art. 6.4 de la Ley reguladora de las fundaciones de 1994, para su conformidad con el orden constitucional, sólo puede entenderse como expresiva de una previsión del Derecho común «receptor» de las remisiones expresas que a tal posibilidad organizativa hagan las normas administrativas correspondientes, únicas capaces de determinar positivamente la competencia de las Administraciones públicas. En modo alguno, por tanto, como una habilitación genérica de directa aplicación sobre la base de una potestad organizatoria universal y discrecional reconocida implícitamente al complejo «Gobierno-Administración».

Sobre la base de las consideraciones precedentes se impone sin duda un juicio negativo sobre la viabilidad, desde el punto de vista constitucional, de las fundaciones en mano pública y su mantenimiento tras la Ley 50/1998. Y ello tanto por la impropiedad de la capacidad fundacional que se atribuye sin más al Instituto Nacional de la Salud, como de la utilización de la institución fundacional para la organización de servicios públicos.

⁹ M. VAQUER CABALLERÍA, *op. cit.* en nota 5, pp. 39-42.

SEGUNDA PARTE

ECONOMÍA Y DERECHO
EN LA ORGANIZACIÓN SANITARIA

ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS EN EL ESTADO DEL BIENESTAR *

Vicente ORTÚN RUBIO

Departamento de Economía y Empresa
Centro de Investigación en Economía y Salud (CRES)
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. CAMBIOS EN LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO DEL BIENESTAR.—1. Contratación externa.—2. Precios, tasas y tiques moderadores.—3. Vales, bonos y cheques.—4. Mercados de derechos.—5. Competencia gestionada (interna o pública si se produce únicamente entre productores públicos).—II. CAMBIOS EN LAS ORGANIZACIONES SANITARIAS DEL ESTADO DEL BIENESTAR.—1. «Burocracia descentralizada».—2. Organizaciones sin finalidad lucrativa.—3. Cooperativas de profesionales sanitarios.—4. Organizaciones sanitarias integradas.—III. CONDICIONANTES POLÍTICOS DE LOS CAMBIOS ORGANIZATIVOS EN EL ESTADO DEL BIENESTAR Y VÍAS DE ANÁLISIS DESDE LA ECONOMÍA DE LAS ORGANIZACIONES.—1. Condicionantes políticos de las reformas.—2. Vías de análisis desde la Economía de las Organizaciones.—3. Decálogo con los puntos clave.—IV. BIBLIOGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN

Los cambios organizativos vienen propiciados por las innovaciones tecnológicas y/o los cambios en las instituciones que marcan las reglas del juego.

* Este trabajo forma parte de una iniciativa de las Universidades Carlos III de Madrid y Pompeu Fabra de Barcelona apoyada por una beca de «The Merck Company Foundation», el brazo filantrópico de Merck & Co. Inc., Whitehouse Station, New Jersey, EEUU. Fue presentado en las Jornadas de estudio sobre «La Organización de los Servicios Sanitarios Públicos», celebradas en la Universidad Carlos III de Madrid los días 10 y 11 de abril del 2000.



Las instituciones —entendidas en el sentido de NORTH— se definen como las restricciones creadas por el hombre que estructuran la interacción política, económica y social. Las instituciones son tanto las reglas de juego de una sociedad como sus mecanismos de salvaguarda. Pueden ser formales, como la Constitución, las leyes, los derechos de propiedad, los códigos deontológicos, e informales, como las costumbres, las tradiciones o las pautas de conducta esperadas en un grupo profesional.

Las organizaciones son grupos de individuos con los mismos objetivos. Si las instituciones marcan las reglas de juego, las organizaciones son los equipos que participan en el juego.

Con frecuencia el estudio de las organizaciones supone las instituciones como dadas, pero las instituciones son y han sido diferentes entre países y cambian a lo largo del tiempo. La consideración de los cambios en las organizaciones del Estado del Bienestar **no puede suponer las instituciones como dadas ya que, primero, las instituciones constituyen el núcleo del problema, y, segundo, no cabe ante las organizaciones públicas una actitud darwinista.** El darwinismo puede resultar admisible en el sector privado pero no en el sector público. En efecto, en el sector privado cabe interpretar el dominio de la empresa capitalista convencional, caracterizado por el derecho a la renta residual de quienes ejercen tareas de control, como prueba de una mejor adecuación —mejor respecto a otras alternativas organizativas— a las instituciones (mercado, Estado...) y tecnologías dominantes. En cambio, el desarrollo de fórmulas organizativas en el sector público no puede contemplarse como un proceso biológico de selección natural a dirimir en unos mercados que no existen.

La dependencia de senda, por otra parte, debe evitar tentaciones de ingeniería social. Cabe, eso sí (y aquí la Economía puede decir algo), analizar los proyectos de cambios regulatorios —la alteración de las normas de juego— que han de facilitar o propiciar las mejoras en la eficiencia organizativa del Estado del Bienestar, estudiar experiencias ajenas y evaluar experiencias propias.

La hipótesis básica institucionalista es la de que el crecimiento económico ocurrirá si los derechos de propiedad hacen que sea provechoso emprender actividades socialmente productivas. Entre los derechos de propiedad se cuentan los de usar un bien, permitir o negar que otros lo utilicen, recaudar los ingresos que genere y venderlo o deshacerse de él. El Estado es el generador principal de derechos de propiedad: con dominio sobre sí mismo y mediante la división de poderes. La importancia de los derechos de propiedad yace —como apreció COASE— en la capacidad de la gente para negociar y contratar. Aunque la negociación coasiana no sea aplicable al sector público (STIGLITZ, 1994 y 1998).

Instituciones y derechos de propiedad

Recientemente se ha adquirido mayor conciencia de la importancia de las instituciones. A ello pueden haber contribuido los trabajos de Douglass NORTH —y el neoinstitucionalismo en general—, los estudios de PUTNAM en Italia (Making democracy work) y los problemas de la transición a economías de mercado desde economías planificadas, particularmente el tremendo desastre de Rusia. Los informes sobre el desarrollo económico del Banco Mundial de 1996 y 1997 se han centrado sobre las instituciones del Estado. El Nobel de Economía recibido por Amartya SEN supone otro espaldarazo al institucionalismo.

El objetivo de este trabajo es el de analizar el cambio en las instituciones y en las cuatro organizaciones de mayor relevancia para el planteo de cambios en la componente sanitaria del Estado del bienestar español. Las tres instituciones relevantes son: Estado, mercado y normas clínicas. Las cuatro organizaciones: burocracia descentralizada (aunque suponga una cierta contradicción en los términos), organizaciones sin finalidad lucrativa, cooperativas de profesionales sanitarios y organizaciones sanitarias integradas. Se finaliza con una consideración de los condicionantes políticos de los cambios organizativos y con la perspectiva que la Economía de las Organizaciones puede aportar.

Banco Mundial: el aumento de la capacidad del Estado

Para el Banco Mundial, aumentar la capacidad del Estado mediante la revitalización de las instituciones públicas comprende los siguiente elementos:

- *Establecer normas y controles eficaces para poner coto a las medidas estatales arbitrarias y luchar contra la corrupción arraigada. La consecución de un Estado más eficaz requiere mejorar el sistema de contrapesos y salvaguardias, que facilita una acción colectiva capaz de defender intereses generales.*
- *Exponer a las organizaciones estatales a una competencia mayor a fin de incrementar su eficiencia.*
- *Mejorar el desempeño de las organizaciones estatales mediante el aumento de las remuneraciones e incentivos.*
- *Hacer que el sector estatal responda más eficazmente a las necesidades de la población, cerrando la brecha entre Gobierno y población mediante una mayor participación de las empresas y la sociedad civil en la actividades del Estado.*

El Estado como institución y la gestión pública

Las dificultades de la transición, en la antigua Unión Soviética y en la Europa Central y Oriental, desde sistemas planificados a economías de mercado, la crisis fiscal del Estado del Bienestar en muchos países desarrollados, así como el importante papel jugado por el Estado en el desarrollo del Asia Oriental han contribuido a fomentar el convencimiento de que «un Estado eficaz es imprescindible para poder contar con los bienes y servicios, las normas e instituciones, que hacen posible que los mercados prosperen y que las personas tengan una vida más saludable y feliz» (Banco Mundial, 1997).

El Estado establece la normativa oficial que junto con las normas oficiales de la sociedad en sentido amplio son las instituciones mediadoras del comportamiento humano. Además, el Estado interviene de forma activa en la sociedad a través de las organizaciones estatales.

Gestionar consiste en coordinar y motivar a los integrantes de una organización para alcanzar metas individuales y colectivas. La gestión pública, aunque sustantivamente gestión, debe desenvolverse con unas limitaciones impuestas por la responsabilidad fiduciaria que constituye la contrapartida a la excepcionalidad del Estado como organización. En una organización privada, tanto la pertenencia a la organización como la distribución entre las partes de obligaciones y derechos resultan de arreglos contractuales (voluntarios en principio). En el Estado, en cambio, los ciudadanos pertenecen obligatoriamente a la organización, que tiene poderes de coacción ejercitables sin aquiescencia individual. Ello obliga al Estado a un comportamiento fiduciario que impone una serie de limitaciones, convenientes algunas, mitigables otras, bien por la investigación, bien por la acción.

Limitaciones a la gestión pública:

— Visibilidad y transparencia que produce la reacción paradójica de secretismo en el proceso decisonal, secretismo no siempre justificado por la relevancia estratégica del asunto abordado o por razones de respeto a la confidencialidad de los datos empleados.

— Control jurisdiccional constante.

— Alternancia de gobiernos que hace más difícil contraer compromisos a largo plazo y que constituye un reflejo tanto de la heterogeneidad de preferencias de los principales (ciudadanos para los políticos, políticos para los organismos públicos...) como de su inconsistencia temporal. En una empresa privada los propietarios exhiben preferencias consistentes y este problema no se presenta.

— Garantismo (más que legalismo) para impedir abusos de autoridad y vulneración de derechos individuales. La preocupación por la profilaxis de la arbitrariedad niega la discrecionalidad (o sea la posibilidad de desplazarse por una isocuanta).

Disfunciones del mercado afectadas por el cambio tecnológico: genoma humano y seguro obligatorio

Las disfunciones del mercado —externalidades, monopolio e información imperfecta— están afectadas por el cambio tecnológico. Un ejemplo lo constituye cómo los conocimientos sobre el genoma humano pueden afectar al teorema de ROTSCHILD-STIGLIZ que postula la superioridad del aseguramiento sanitario obligatorio.

La superioridad del aseguramiento sanitario obligatorio no depende de valores individuales acerca de la equidad sino de la imposibilidad de que exista un mercado de aseguradoras cuando el aseguramiento es libre. El típico individuo-económico-racional compraría cobertura aseguradora únicamente cuando la indemnización esperada más su valoración de la cobertura de riesgo fuera mayor o igual al precio de la póliza, pero las aseguradoras han de cubrir con la prima la indemnización media prevista y los gastos de administración y marketing. Y ahí está el problema: que el coste de producir aseguramiento depende de quien compre el aseguramiento (lo que no ocurre con el coste de producir embutidos u ordenadores) y que lo racional es que sólo lo compren aquellos que originarán pérdidas a la aseguradora, por lo que también es racional que la aseguradora no lo ofrezca, con lo cual el mercado no existe (teorema de ROTSCHILD-STIGLITZ).

Se impone el aseguramiento colectivo con una indemnización media esperada mucho más baja al incluir a todo el mundo, riesgos buenos y malos, lo que puede resultar socialmente beneficioso en la medida que el coste de administrar el esquema sea inferior a la utilidad que con el seguro se gana. Como señala DRÈZE (1994), lo relevante del acceso al seguro sanitario ha de ser su universalidad con independencia del estado de salud de los individuos, aunque no necesariamente con independencia de otros factores individuales. Y ello simplemente por razones de eficiencia, dejando las consideraciones de equidad al margen.

Un aseguramiento de colectivos podría establecerse como respuestas de las empresas aseguradoras al fenómeno de la selección adversa sin necesidad de que el Estado regulara la obligatoriedad del aseguramiento (sería la solución coasiana). Pero con un 5 por 100 de personas concentrando el 60 por 100 del gasto sanitario en un año, de poco nos sirve resolver el 40 por 100 del problema. Hay que establecer la obligatoriedad del aseguramiento y analizar, en todo caso, si cabe descentralizar ese aseguramiento. El progreso tecnológico tenderá a agravar tanto la selección adversa como la selección de riesgos: los avances en el conocimiento del genoma humano y la mayor facilidad para la transmisión de información convertirán a las personas en libros abiertos. Por mucho que se prohíba la transmisión de información genética personal, ésta se producirá si ello puede beneficiar a alguien. Una garantía para que tal información no se utilice interesadamente es que desaparezca el incentivo de lucro asociado a tal utilización: que la función aseguradora no se descentralice en entidades con finalidad lucrativa.

— Procedimentalismo burocrático que garantice la igualdad de trato (dado que no existe la opción salida para los individuos) con todas las ventajas e inconvenientes de la burocracia.

— Múltiples objetivos, impacto en el bienestar desconocido, rendimiento también difícil de apreciar por los problemas de definición y medida de la actividad de la Administración.

— Dificultad de establecer mecanismos de competencia por comparación. Si, por ejemplo, sólo existe una Agencia Tributaria no cabe el patrón externo (*benchmarking*) pero sí mecanismos de torneo en el seno de la propia Agencia: rendimiento de unidades comparables ajustado por las variables exógenas que las unidades no controlan (renta, tamaño poblacional...).

— Captura por intereses de burócratas, políticos y *lobbies*.

Debe ya anticiparse que no todas estas limitaciones han de ser eliminadas, ya que muchas de ellas se derivan precisamente de las razones que llevan al Estado a intervenir: las de aumentar la equidad (pensiones con efectos redistributivos, subsidios familiares, seguros de desempleo...) y las de corregir las disfunciones del mercado. Esta corrección de disfunciones implica abordar las externalidades (educación básica, protección del medio ambiente...), regular los monopolios y corregir la información imperfecta (seguros de salud, reglamentación financiera, protección del consumidor), teniendo en cuenta cómo tales disfunciones quedan afectadas por el cambio tecnológico.

El debate sobre cómo corregir disfunciones del mercado y aumentar la equidad —cómo modificar la gestión pública— se ha centrado en los últimos años en la discusión del papel del mercado y de la competencia para conseguir Estados más efectivos. Esta discusión de los papeles relativos de mercado y Estado se hace a lo largo de las líneas tradicionales de lo que se consideran funciones del Estado. El análisis suele estar prejuizado a favor del mercado cuando resultaría asimismo interesante un análisis de las actividades que se realizan bajo propiedad privada y que podrían estar mejor servidas con propiedad pública (STIGLITZ, 1998, poniendo la prensa como ejemplo).

No existe mucha discusión acerca de la producción bajo propiedad privada de aquellos bienes y servicios en los que el mercado funciona satisfactoriamente ni sobre la conveniencia de la propiedad pública de las organizaciones que realizan las funciones básicas del Estado: justicia, seguridad, hacienda, relaciones exteriores... El debate teórico y el interés práctico se centran entre los dos extremos marcados por el dominio público puro y por el dominio privado puro (cuadro 1) y en el análisis de: primero, los cambios institucionales —estas páginas se centrarán en los mecanismos de cuasicompetencia y mercado— y, segundo, los cambios organizativos en las organizaciones públicas. A ellos se dedican, respectivamente, las partes primera y segunda de esta exposición. En la tercera parte se finaliza, como ya se ha dicho, con

CUADRO 1a. *Instituciones que configuran la forma de asignar recursos sanitarios en cada país*

<i>Instituciones</i>	<i>Decisiones</i>	<i>Criterios básicos</i>
Mercado	De oferta y demanda (más de oferta que de demanda)	Disposición a pagar Oportunidades de beneficio
Estado	Políticas	Múltiples y difusos: acceso, seguridad, efectividad, equidad, mejora de la eficiencia...
Normas clínicas	Decisiones clínicas: diagnósticas y terapéuticas	Necesidad técnicamente percibida y, secundariamente, beneficio profesional

CUADRO 1b. *Tipología de organizaciones según sea la remuneración residual de la tarea de control*

	<i>Derechos residuales de decisión privados</i>	<i>Derechos residuales de decisión públicos</i>
<i>Apropiación privada del excedente: Sí</i>	Dominio privado puro	Competencia gestionada, franquicias, concesiones
<i>Apropiación privada del excedente: No</i>	Privadas no lucrativas	Dominio público puro: burocrático o desburocratizado

una mención a los condicionantes políticos y se realizan unas reflexiones sintéticas desde la Economía de las Organizaciones.

I. CAMBIOS EN LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO DEL BIENESTAR

Numerosos son los cambios en las instituciones del EB y diversas las disciplinas que los estudian. Desde una perspectiva económica —preocupada por los papeles relativos de mercado y Estado— la atención se centra en los mecanismos de cuasicompetencia y mercado.

La OCDE define los mecanismos de cuasicompetencia y mercado (MCM) como aquellos instrumentos de gestión o diseño organizativo públicos en los que está presente al menos una característica significativa de los mercados: competencia, uso de señales de precios, toma de decisiones descentralizada, incentivos monetarios, etc. Por su rele-

vancia en el EB se abordarán los siguientes mecanismos de cuasicompetencia y mercado ¹:

1. Contratación externa.
2. Precios, tasas y tiques moderadores.
3. Vales, bonos y cheques.
4. Mercados de derechos.
5. Competencia gestionada (interna o pública si se produce únicamente entre productores públicos).

1. Contratación externa

Consiste en la desintegración de una o varias de las actividades del proceso productivo público que pasan a realizarse, total o parcialmente, por el sector privado bajo diferentes modalidades de contratación (contrato de obras, suministro y asistencia técnica, concesión, concierto...).

La distinción entre los MCM «contratación externa» y «competencia gestionada» se basa en que se define como contratación externa aquella en la que pueden establecerse contratos completos (todas las contingencias previstas) que aseguran el interés general o donde, aun sin contratos completos, se consigue el bienestar común como subproducto de la búsqueda del interés particular (o sea allá donde los mercados funcionan). Dicho de otra manera, se restringe el ámbito de la «contratación externa» de forma que más que un mecanismo de cuasicompetencia y mercado constituye un mecanismo de competencia y mercado puesto que, por definición, se han excluido los motivos de la acción colectiva (situaciones en las que el interés particular no conduce al interés común).

La contratación externa pasa por comprar servicios que se venían produciendo públicamente. La externalización de actividades, la contratación externa de activos no específicos permite a una organización beneficiarse de las ventajas de la especialización y las economías de escala en funciones que no constituyen su núcleo competencial. Aporta las ventajas de la competencia y de la transparencia (limpieza, seguridad, alimentación, proceso de datos, transporte) y puede fácilmente mejorar la especialización y la profesionalización de quienes a esas funciones se dedican. Incluso, aunque no se contrate fuera, la mera posibilidad de hacerlo espolea la eficiencia y la innovación en aquellos que realizan las funciones en el interior de una organización. Su éxito depende de aceptabilidad social y del diseño de garantías para un reparto adecuado de beneficios y riesgos.

¹ Esta sección está muy influida por GONZÁLEZ-PÁRAMO (1997) y puede ampliarse en ALBI *et al.* (1997).

Entre las razones contrarias a la contratación externa figuran las habituales: presencia de activos específicos², conveniencia de internalizar externalidades (importante en empresas de conocimiento), indivisibilidades técnicas de la producción en equipo, indivisibilidades organizativas (coordinación para diseñar un avión: el mejor diseño de un avión no es la suma de los mejores diseños de sus componentes)... En el momento de introducir mayor competencia en el suministro de bienes y servicios públicos, los países con controles inadecuados e insuficiente capacidad deben proceder con cautela. En esas condiciones, al otorgar mayor flexibilidad a los gerentes del sector público lo que se consigue es aumentar la arbitrariedad y la corrupción, sin mejorar los resultados.

En España, más de la mitad de los hospitales han externalizado al menos uno de los siguientes servicios: limpieza, lavandería, alimentación, mantenimiento y seguridad, siendo las economías de escala el principal factor explicativo de la decisión de externalizar (PUIG y PÉREZ, 2000).

Diversos factores favorecen el reciente aumento de la externalización:

1. La globalización de la economía (la mayor competencia lleva a las organizaciones a focalizarse en las competencias fundamentales).
2. La mayor flexibilidad de la producción que hace disminuir el grado de especificidad de los activos.
3. Los excesos de capacidad instalada (permiten obtener buenos precios).
4. La necesidad de evitar los inconvenientes de la integración vertical: la atenuación de incentivos derivada del mayor tamaño de la organización integrada, la menor adaptabilidad ante los cambios y los mayores costes de influencia a soportar por la organización integrada. Estos inconvenientes también pueden ser paliados mediante integraciones virtuales que dan lugar a una red de proveedores donde cada uno de sus componentes puede ser sustituido (siempre que la densidad demográfica lo permita): contratos relacionales, acuerdos estratégicos o las franquicias que se mencionaron en el MCM «mercado de derechos».
5. Los deseos de erosionar el poder sindical. El poder sindical en el sector público constituye un ingrediente imprescindible para juzgar la viabilidad de cualquier cambio institucional.

² Grado en el cual un activo pierde valor cuando se emplea en su mejor ocupación alternativa. A mayor especificidad mayor pérdida de valor.

2. Precios, tasas y tiques moderadores

Cuando se prescinde de señales de precios puede producirse consumo excesivo (calculado sobre la base de demanda y/o sobre la base de variaciones injustificadas) que supone una pérdida de bienestar social: estudios universitarios diversos y largos o intervenciones sanitarias no indicadas.

Los precios pueden racionalizar la demanda siempre que:

- exista cierta elasticidad precio de la demanda,
- afecte a servicios con ratios coste-efectividad especialmente bajos,
- pueda garantizarse el acceso de los ciudadanos con menor renta y/o mayor necesidad (suele coincidir),
- los costes de transacción asociados a la fijación de precios y a la recaudación no sean muy elevados.

El impacto en la equidad de los precios o tasas será positivo cuando sustituya a una forma de financiación más regresiva (como pueden ser los impuestos especiales sobre el tabaco) y negativo cuando reemplacen a una alternativa de financiación más progresiva.

Los precios, además, ofrecen un mecanismo de salida (no comprar) y evitan así el desarrollo de ofertas irrelevantes. Rompen, también, con la separación entre beneficiarios y financiadores.

3. Vales, bonos y cheques

Transferencias de suma limitada —aunque con frecuencia suplementables con aportaciones del beneficiario— que sólo pueden hacerse efectivas al adquirir bienes o servicios específicos cuya oferta es susceptible de ajustarse —en cantidad o calidad— a las demandas ciudadanas.

Exigen:

- Información simétrica (sí en guarderías, no en sanidad).
- Competencia entre productores (aunque sea una competencia gestionada).
- Limitar la discrecionalidad en las admisiones (para preservar cohesión social).
- Vigilar que los vales no acaben capitalizándose en mayores precios de los servicios provistos.

4. Mercados de derechos

Creación de mercados de derechos, permisos o cuotas para gestionar el uso de los recursos de propiedad común (pesquerías, medio ambiente, bosques, espectro radioeléctrico, infraestructuras...). Rompe el círculo regulación e innovación para incumplir.

En un Estado del Bienestar: subasta para realizar alguna función pública mediante concesión que permita ejercitar una función monopólica, como la compra de servicios sanitarios propuesta por IBERN (1996). Concesiones, franquicias que dan derecho a utilizar una marca (SER, Servicio Educativo Riojano; SAS, Servicio Andaluz de Salud) por un período, cuando no tiene sentido que exista más de un comprador franquiciado. Se compite por el mercado cuando no se puede competir en un mercado.

Esta eventual aplicación de los mercados de derechos al Estado del Bienestar topa con sustanciales dificultades contractuales, dificultades para separar decisión de ejecución así como amenazar a la potestad regulatoria del Estado. Esta amenaza no es directa sino indirecta ya que las decisiones sobre qué se compra determinan, en gran medida, tanto la estructura del mercado como la eficiencia productiva. Un ejemplo sanitario ilustra este punto.

Mercados de derechos y potestad regulatoria del Estado

La continuidad asistencial debe garantizarse mediante una correcta articulación entre diferentes niveles asistenciales (primaria, especializada, socio-sanitaria, mental). Si se continúa presupuestando/comprando servicios sanitarios a proveedores no integrados se favorece la competencia entre niveles asistenciales, la duplicación de pruebas, el uso inadecuado y yatrogénico de tecnología y la diferenciación de servicios. Los niveles asistenciales, en lugar de articularse compiten destructivamente entre sí. Si, en cambio, se opta por presupuestar/comprar atención sanitaria a una población se favorece la cooperación entre niveles ya que ni la retención de pacientes ni la actividad por la actividad favorece a ninguno de los niveles asistenciales en un juego de suma cero.

Una subasta de la función de compra supone que el Estado renuncia a la importante capacidad de regulación indirecta (además de renunciar al apareamiento) que las decisiones sobre qué comprar —por ejemplo: servicios sanitarios o atención sanitaria integral— otorgan.

100 B7
100 B7

5. Competencia gestionada (interna o pública si se produce únicamente entre productores públicos)

Si el sector privado no ofrece alternativas, los activos son muy específicos, existen restricciones políticas insalvables o preferencias sociales extensa y/o intensamente en contra... no cabe acudir al MCM «mercado de derechos» ni al MCM de «contratación externa». Puede caber, en cambio, que productores públicos y privados compitan entre sí por unos fondos limitados. El financiador público queda como comprador monopsonista de servicios que demanda la propia Administración o los usuarios finales de los servicios y queda separada así la financiación, que continúa en manos públicas, de la producción a la que pueden concurrir agentes privados. Los conciertos de la enseñanza, la provisión de servicios sanitarios en Cataluña o el aseguramiento de funcionarios a través de MUFACE encajarían en esta categoría.

Esta competencia pública que revela información sobre actividad y costes permite mejorar la eficiencia técnica pero exige:

- Medidas válidas de desempeño (resultados). A peor medida del desempeño menos control externo y mayor necesidad de regular/gestionar la competencia (HART *et al.*, 1997).

- Conocimiento de costes.

- Situar a los proveedores a cierto riesgo. La actual tendencia a gestionar directamente una parte de los servicios del EB y concertar otra parte —integración vertical parcial entre financiación y producción en palabras de VENTURA (1998)— permitirá comparar diferentes soluciones organizativas siempre que se logren hacer creíbles las amenazas de pérdida de las actuales posiciones de privilegio e incompetencia, siempre que pueda situarse a cierto riesgo a los proveedores de servicios del EB. Y ahí están los tímidos avances en la línea de dotar de cierta autonomía a los centros sanitarios y educativos e intentar que los estatutos de personal no imposibiliten las reformas organizativas que se precisan para adaptarse a los notables cambios demográficos, tecnológicos, sociales y epidemiológicos que no paran de producirse.

- Flexibilizar las relaciones funcionariales, estatutarias o laborales.

- Homogeneizar la capacidad de gestión de todos los agentes productores de forma que nadie quede con las manos atadas a la espalda. Cuando la homogeneización no sea posible porque los productores públicos tienen unas servidumbres de las que carecen los productores privados habrá que ajustar debidamente por estas circunstancias no imputables a diferentes eficiencias de gestión.

Si bien la conveniencia de flexibilizar la producción pública —y de no garantizar la inmortalidad a organización alguna— suscita cierto

consenso como motivo justificativo de la introducción de competencia gestionada mediante la separación entre financiación y producción de servicios del EB, otras razones, normalmente aducidas, para la separación financiación/producción no se comparten. Y no se comparten bien por principio, bien porque la evidencia empírica no existe o si existe no resulta concluyente. Entre estas razones no compartidas figuraría la contención de costes (más bien la competencia expandiría el gasto), la mayor eficiencia (aumentan los gastos de administración del sistema como consecuencia de la separación entre financiación y producción), la mayor sensibilidad a las preferencias del usuario, el debilitamiento del poder sindical, o el acabar con la politización de la gestión.

Una buena ilustración, pertinente a los cambios en la gestión del Estado del Bienestar, viene dada por los problemas que plantea la introducción de competencia gestionada entre aseguradoras: el gran problema de cómo evitar la selección de riesgos.

Descentralización del aseguramiento (las dificultades de la competencia gestionada)

Con financiador público único y aseguramiento obligatorio cabe analizar la posibilidad de descentralizar la decisión de compra bien en una aseguradora, escogida por el ciudadano, bien en una cooperativa de profesionales de atención primaria.

Para poder plantearse la posibilidad de tal descentralización deben investigarse los posibles tratamientos de los problemas de selección de riesgos. La selección de riesgos constituye la respuesta de las aseguradoras al fenómeno de la selección adversa —ocultación de información oportunista previa la suscripción de una póliza— y depende del grado de prospectividad de la forma de pago así como de los incentivos de la empresa. En un estudio acerca de las prácticas de diversas aseguradoras privadas se constató cómo se evita la selección adversa en base a considerar enfermedades anteriores, expectativas de enfermedad, actividades de riesgo y causas sociales (LÓPEZ y ORTÚN, 1998).

Existen tratamientos del problema de la selección de riesgos, pero la cuestión dista de estar resuelta. Y el progreso tecnológico —como ya se ha mencionado— tenderá a agravar tanto la selección adversa como la selección de riesgos: los avances en el conocimiento del genoma humano y la mayor facilidad para la transmisión de información convertirán a las personas en libros abiertos. Por mucho que se prohíba la transmisión de información genética personal, ésta se producirá si ello puede beneficiar a alguien. Una de las posibilidades que evitarían el uso interesado de la información sería que desapareciera el incentivo de lucro asociado a tal utilización: que la función aseguradora no se descentralice en entidades con finalidad lucrativa.

II. CAMBIOS EN LAS ORGANIZACIONES SANITARIAS DEL ESTADO DEL BIENESTAR

Conviene recordar, de entrada, algunas **características de las organizaciones sanitarias** relevantes en el contexto del tema que nos ocupa:

1.^a **Aplicación muy atenuada de la regla de oro del control interno:** la separación entre gestión de la decisión y control de la decisión que ha de producirse siempre que quien toma las decisiones no soporta plenamente las consecuencias de las mismas (supuesto habitual en el ejercicio profesional por cuenta ajena). Un proceso decisorio comprende cuatro fases: una primera de recogida de información y formulación de alternativas (inteligencia), una segunda de elección de alternativa (elección), una tercera de implantación de la alternativa escogida (implantación) y una cuarta (monitorización) de los efectos. A las fases primera y tercera se las denomina gestión de la decisión. A la segunda y cuarta control de la decisión. Habitualmente el control de la decisión recae en persona distinta a la que gestiona la decisión (en trabajo por cuenta ajena). Esta separación apenas existe en las organizaciones sanitarias.

2.^a **Importancia de las normas clínicas como institución.** Las normas clínicas comprenden tanto el conjunto de comportamientos que la profesión estima aceptables (y que sanciona con prestigio, eponimia, ostracismo...) como el conjunto de valores y expectativas compartidos por el grupo profesional de referencia. Las decisiones profesionales vienen influidas por las tres instituciones relevantes en Sanidad: Estado, mercado y normas clínicas.

3.^a **Necesidad de una coordinación muy intensa.** Gestionar una organización supone coordinar y motivar a sus miembros para conseguir unos objetivos. En el punto siguiente se mencionará la motivación. Respecto a la coordinación debe establecerse que la calidad de un sistema sanitario (medida por sus indicadores de salud, la supervivencia de los enfermos diagnosticados de cáncer, la tasa de complicaciones graves de la diabetes, la prevalencia de resistencias bacterianas, la incidencia de enfermedades innecesariamente prematuras y sanitariamente evitables...) no se consigue sumando calidades de los centros. Ocurre igual que con el diseño de un avión, cuyo mejor diseño no se obtiene encargando el diseño de sus componentes (fuselaje, navegación, motor, mobiliario...) a los mejores especialistas y reuniendo los diseños después: el avión no volaría. Un sistema sanitario funciona tanto mejor cuanto más sentido común tiene la política y más «integrados» están sus componentes.

4.^a **Ausencia de soluciones fáciles para los problemas de incentivación.** Ni sirve la persecución del lucro, sin correcciones, ya que

cortocircuita las decisiones clínicas en interés del paciente, ni puede ignorarse la sociedad en la que se vive.

5.^a **Transacciones sanitarias caracterizadas por la concurrencia de beneficios colectivos y beneficios individuales.** En el dominio público (privado) puro los derechos residuales de control —decidir sobre lo que no puede dirimirse según contrato, ley o costumbre— son públicos (privados) como la propiedad. Los derechos residuales de control y el derecho a la renta residual suelen ser complementarios por lo que en principio han de ir juntos (HART, 1995, pp. 63-66). Ahora bien, en toda transacción en la que concurren beneficios colectivos y beneficios individuales tendría interés distribuir los derechos residuales de control.

Se hará una breve alusión a cuatro formas organizativas particularmente relevantes y bien adaptadas a las características sanitarias que acaban de describirse: burocracia descentralizada (aunque suponga una cierta contradicción en los términos), organizaciones sin finalidad lucrativa, cooperativas de profesionales sanitarios y organizaciones sanitarias integradas ³.

1. «Burocracia descentralizada»

Las organizaciones burocráticas caracterizan el sector público aunque no sean exclusivas de éste. Caracteriza a la organización burocrática la centralización de las decisiones, la especialización funcional, la reglamentación detallada de procedimientos, la presencia de funciones de producción ambiguas, la dificultad para medir el rendimiento, el carácter funcional del vínculo que une a los empleados y la organización, y las limitaciones a la discrecionalidad. En suma, rígidos sistemas de decisión que responden lenta e ineficazmente a las demandas de cambio y adaptación.

Unas organizaciones burocráticas que eran adecuadas para conseguir economías de escala bajo condiciones de producción en serie, se vuelven inadecuadas cuando el conocimiento gana importancia como factor productivo y la demanda se vuelve más sofisticada. En estas circunstancias el problema organizativo fundamental (coordinar y motivar) pasa a ser el de situar la capacidad decisoria allá donde está la información específica y costosa de transmitir. Esto es: descentralizar.

La dificultad de medir el producto está en la base de la persistencia de organizaciones burocráticas, no descentralizadas. Resulta plenamente aplicable aquí la reflexión de SALAS en el sentido de presentar la burocracia como la consecuencia, y no como la causa, de la mayor

³ Estos temas se tratan más ampliamente en V. ORTÚN y M. BUGLIOLI, *Decisión Clínica*, Barcelona, Springer-Verlag, 2000.

ineficiencia que se introduciría en el sector público si se pretendiera funcionar de forma descentralizada, incentivando a los agentes de manera poco relacionada con el esfuerzo que realizan (por problemas de información). Si se utiliza un criterio equivocado para medir el desempeño los resultados pueden ser peores que si no se establecieran incentivos explícitos. Peor todavía que tratar igual a los desiguales es tratar desigualmente sobre bases equivocadas.

Existen vías, investigadoras y gestoras, para avanzar en la medida del desempeño. Los gestores, no obstante, deben huir de la alexitimia (tendencia mental a adquirir compromisos imprudentes, del Alexis de Marguerite YOURCERNAR).

2. Organizaciones sin finalidad lucrativa

Los beneficios tienen tres importantes funciones: retribución del capital (función del riesgo), premio a la innovación (en procesos y estrategias clínicas, por ejemplo) y recompensa a la eficiencia.

Ahora bien, las ONL también tienen ventajas derivadas de personas, gerentes y profesionales, que crean en una mejor manera de suministrar un servicio, que tengan una ideología que vaya más allá de la mera conveniencia pecuniaria:

— El control de calidad resulta más fácil donde los empleados están motivados por la misión. Ello resulta de especial importancia siempre que, como en sanidad, resulta difícil medir el producto y cuesta mucho, por tanto, establecer y controlar las características deseables de un servicio.

— Señal de confianza a usuarios desinformados. Los suministradores tienen menos motivos para aprovecharse de la asimetría informativa en servicios cuya calidad es muy difícil de medir (atención diligente y cariñosa a un anciano, cuidado de un niño...).

— Menor necesidad de supervisión pública por creación de reputación (menores incentivos a, por ejemplo, seleccionar riesgos).

3. Cooperativas de profesionales sanitarios

La característica esencial de la empresa cooperativa es la de que los trabajadores ejerzan el control. Las formas jurídicas son varias: desde las cooperativas laborales propiamente dichas a las sociedades laborales, o las sociedades civiles o mercantiles formadas por profesionales liberales.

En principio la asociación de profesionales reduce el conflicto entre discrecionalidad profesional y discrecionalidad gestora —al coincidir

ambas en las mismas personas—, da mayor control y satisfacción al profesional, e implica responsabilidad sobre los aspectos económicos de las decisiones profesionales. Esta responsabilidad —convenientemente modulada— lleva a la interiorización del coste social de oportunidad en las decisiones profesionales, y aunque complique tales decisiones puede constituir una mejor salvaguarda de la libertad profesional que la alternativa de una interferencia permanente en la misma.

Ahora bien, para que las asociaciones de profesionales puedan funcionar se precisa:

- Tamaño de grupo pequeño que permita un proceso democrático, y no costoso, de decisión.
 - Posibilidad de control mutuo de la actividad de cada socio.
 - Que el capital humano, y no el físico, detente el mayor riesgo.
- Mayor control sobre el propio ejercicio, lo cual puede motivar y estimular la cooperación en la medida en que se participa en resultados y se arriesga la reputación.

Dentro de los servicios del EB, estas condiciones se dan en la atención médica primaria, por lo cual se ejemplificaran en ella las cautelas precisas para cambiar la regulación. De nuevo, si unos mercados inexistentes no pueden sentenciar sobre la eficiencia relativa de las cooperativas de profesionales como forma organizativa, habrá que propiciar la diversidad mediante cambios en la regulación. Este fomento de la diversidad tiene un sentido de aprendizaje por ensayo y error en un entorno en el que quepa cierta competencia gestionada entre formas organizativas y donde otras alternativas de mejora de la gestión pública no sean viables: por falta de condiciones para la competencia (contratación externa) o por dificultades insuperables para avanzar por la vía de la descentralización en las organizaciones públicas.

Cautelas ante las asociaciones de profesionales (ejemplificadas en la atención médica primaria):

1. Peligro de selección de riesgos. Existen dos formas de evitar la selección de riesgos: restringir la libertad de elección del usuario (y asignar presupuestos en base poblacional con algunos ajustes por edad, sexo, mortalidad, deprivación y dispersión) o ajustar por riesgo el pago capitativo.
2. Tamaño insuficiente para compensar riesgos. Este problema puede resolverse delimitando la cartera de servicios o estableciendo un techo anual de gasto sanitario por persona cubierta.
3. Pérdida de equidad si los pacientes afiliados con asociaciones de profesionales resultaran mejor tratados.
4. Costos de administración y gestión que anulen las mejoras en eficiencia.
5. Densidad poblacional que permita comparaciones entre distintos proveedores de atención sanitaria.

6. Garantía al usuario de que las motivaciones de lucro no interfieren en las decisiones clínicas.

4. Organizaciones sanitarias integradas ⁴

Los cambios en la demografía, en la mortalidad y en la morbilidad, pero, sobre todo, en la tecnología hace que deba alterarse la asignación de recursos entre los diversos niveles asistenciales que abordan un problema de salud: la atención primaria, la atención especializada (ambulatoria o de hospitalización), la atención mental y la atención socio-sanitaria.

Si se continúa presupuestando/comprando servicios sanitarios a proveedores no integrados —problema técnico: ajustar por aquellas variables que influyen en los productos intermedios y que no están bajo el control del proveedor— se favorece la competencia entre niveles, la duplicación de pruebas, el uso inadecuado y yatrogénico de tecnología y la diferenciación de servicios. Si, en cambio, se opta por presupuestar/comprar atención sanitaria a una población —problema técnico: ajustar por riesgo el pago caputivo— se favorece la cooperación entre niveles, ya que ni la retención de pacientes ni la actividad por la actividad favorece a ninguno de los niveles asistenciales en un juego de suma cero.

Un proveedor integrado responsable de la atención a una población tiene un franco estímulo a resolver los problemas en el nivel con mayor capacidad resolutoria. La capacidad resolutoria constituye el mejor sinónimo sanitario de la eficiencia.

III. CONDICIONANTES POLÍTICOS DE LOS CAMBIOS ORGANIZATIVOS EN EL ESTADO DEL BIENESTAR Y VÍAS DE ANÁLISIS DESDE LA ECONOMÍA DE LAS ORGANIZACIONES

1. Condicionantes políticos de las reformas

1. *Status quo* y MCM incompatibles. No puede figurar en la misma agenda política el mantenimiento de la situación con la introducción de una competencia siempre schumpeteriana, creativa y destructiva al mismo tiempo. Por ejemplo, los datos asistenciales (como el Conjunto Mínimo Básico de Datos al Alta Hospitalaria) y económicos (como la Central de Balances) de los que se dispone en la actualidad

⁴ Basado en un trabajo previo recogido en J. DEL LLANO, V. ORTÚN, J. M. MARTÍN, J. MILLÁN y J. GENÉ, *Gestión Sanitaria. Innovaciones y desafíos*, Barcelona, Masson, 1998, pp. 349-357.

permiten ya una competencia entre hospitales de agudos mayor de la que parece políticamente deseable (la que se está dando). Y es que se olvida con frecuencia que la competencia destruye y altera el *status quo*.

2. Mayor flexibilidad sin control conduce fácilmente a un pacto gestores públicos-sindicatos a expensas del bienestar común. Hay que respetar el binomio libertad/responsabilidad.

3. ¿Autorrestricción administrativista o restricción política? El poder sindical no sólo puede ser un freno a la externalización sino que también puede limitar la desburocratización del sector público. El diagnóstico de autorrestricción administrativista a la discrecionalidad gestora lleva a estrategias de flexibilización de los vínculos funcionariales y estatutarios que pueden resultar absolutamente inocuas si el origen de la falta de flexibilidad no está en el Derecho administrativo sino en otros lugares. En España hay que recordar que las restricciones políticas a la racionalidad económica son mayores que las restricciones legales impuestas por unos Estatutos muy administrativistas, que la laboralización puede correlacionarse con mayores salarios en lugar de con mayor productividad (Iberia, Hunosa...). En este sentido resultan muy claras las aportaciones de ARRUÑADA (2000) y su insistencia en las posibilidades tanto del Derecho público, particularmente las experiencias de Administración franquiciada en farmacias, notarías, corredurías de comercio y registros, como de la competencia gestionada (citado anteriormente como quinto mecanismo de cuasicompetencia y mercado).

4. ¿Qué ganan los políticos si ceden derechos de control?

5. Evitar búsquedas y mantenimiento de rentas a través de actividades de influencia. No siempre puede ser bueno atar los políticos al mástil, como MARTÍN (1998) sugiere para otras circunstancias. Los politiqueros suponen una ineficiencia, pero cortar la comunicación, reforzar la privacidad y no dar cuentas constituye una forma inaceptable en gestión pública de acabar con las actividades de influencia.

6. Los juegos políticos, a diferencia de lo que ocurre en el mundo de los negocios o en el comercio internacional, son frecuentemente juegos de suma cero, de competencia destructiva. Lo que uno gana, otro lo pierde. Esto dificulta la implantación de mejoras paretianas en la gestión pública.

7. El cambio institucional, como el cambio organizativo, tiene dependencia de senda. Ello aconseja una estrategia de radicalismo selectivo: transformaciones escogidas, de gran alcance, sobre un frente clave y reducido para no incentivar la formación de grandes coaliciones de bloqueo y permitir la formación paulatina de coaliciones de apoyo. La «nueva» gestión pública parece funcionar allá donde también lo

hacia la «vieja» gestión pública. En países como Suecia, Reino Unido, Estados Unidos, Nueva Zelanda y Canadá con unos sectores públicos cuya caracterización, relativamente homogénea y claramente diferenciable de sectores públicos como el español, rebasa el ámbito de estas líneas pero puede encontrarse en ONRUBIA (1995).

2. Vías de análisis desde la Economía de las Organizaciones

La Economía ha abordado la gestión pública desde diversas perspectivas (institucionalismo, elección pública) pero cabe destacar dos perspectivas desde la Economía de las Organizaciones: la de la teoría de la agencia y la de los contratos incompletos.

1. La de la teoría de la agencia para todo lo que constituyen limitaciones a la descentralización. Avanzar en la descentralización del Estado del Bienestar supone investigar y actuar para superar estas limitaciones. Como casi siempre no suele ser cuestión de todo o nada, sino de grado. Sirva como ejemplo de investigación el de los avances realizados en la medida del producto sanitario, tanto intermedio como final, o el de las nuevas formas de gestión.

2 La de los contratos incompletos (HART, 1995) para el estudio del reparto de los derechos residuales de control. La teoría de la agencia supone contratos completos donde se establecen derechos y obligaciones de cada participante en cada contingencia. En contratos incompletos —muy frecuentes en el EB— sólo los derechos específicos se pueden definir y los derechos residuales permiten decidir sobre lo no cubierto por el contrato. La propiedad —con sus incentivos asociados— pasa a ser la variable clave en los contratos incompletos, pues implica el control sobre los derechos residuales de decisión, lo que suele incluir el control sobre la renta residual.

La vía de los contratos incompletos centra su atención en la distribución de los derechos residuales de decisión entre los poderes del Estado, los consumidores, los grupos de presión, la prensa y otros agentes e incluye la consideración de los *contratos implícitos*, cuyo cumplimiento se sustenta en el interés de las partes en cumplir con el contrato y que son especialmente adecuados para las situaciones donde la continuidad de la relación pueda ser importante. El énfasis en la distribución de los derechos de propiedad permite estudiar desde la Economía temas de Ciencia Política y conceptualizar, por ejemplo, la cesión atenuada de derechos de propiedad a ciudadanos en parcelas anteriormente sujetas al proceso político para evitar que sean dominadas por grupos de interés.

La Economía de las Organizaciones no agota todos los enfoques e incluso en ocasiones la tendencia a convertir los problemas en clavos

Avances en la medida del desempeño en servicios del Estado del Bienestar

Todas las dimensiones del producto que no se midan aparecerán indebidamente como ineficiencia. Los asesores de las autoridades sanitarias conscientes de este hecho (tal vez porque algún familiar fue diagnosticado/a recientemente de, por ejemplo, leucemia y apreciaron la ingente cantidad de tiempo y el derroche de calidez de distintos profesionales sanitarios empleados a fondo en proporcionar información y consuelo) aplican con cautela sus análisis, paramétricos y no paramétricos, de la eficiencia. Los asesores conocen que su medida del producto no acaba de incorporar todas las dimensiones de calidad: que no puede compararse una fimosis con una sustitución de válvula mitral, ni una persona con comorbilidades (o sin apoyo social o de baja educación) con otra que presente las características opuestas. Ello, no obstante, no debe impedir dirigir la compra de servicios sanitarios hacia los proveedores (si alguna vez llegan a ser autónomos y responsables) de mayor eficiencia con una prudencia proporcional a las dificultades de incorporación de las dimensiones ocultas de los servicios —especialmente la calidad— a las medidas del producto empleadas. Estamos ante una limitación a la gestión pública mitigable mediante investigación: la del ajuste de resultados por los riesgos que el proveedor no controla.

Dificultad técnica específica de la compra de atención sanitaria integral es la de controlar la cantidad y calidad de los servicios, así como, de nuevo, el ajustar por riesgo el pago capitolativo para evitar comportamientos de selección de personas y pacientes según su riesgo.

Dificultad técnica específica de la compra de servicios sanitarios es la de ajustar la medida de producto intermedio —tipo Grupos de Atención Ambulatoria— por aquellas variables que el proveedor no controla, y de las que consecuentemente no es responsable, así como la de fomentar la necesaria colaboración entre niveles asistenciales que compiten entre sí.

cuando se dispone de un martillo cierra el paso a alternativas obvias. Por ejemplo, si el establecimiento de incentivos fuertes resulta muy difícil cabe pensar en la alternativa de *selección* a la que han recurrido empresas que sobre ella han mantenido una ventaja competitiva (Southwest, Nucor, ISS). Una selección —más o menos científica— que se centra en las actitudes y preferencias individuales (que a los pediatras les gusten los niños, que los cuidadores se preocupen por las personas a su cargo...) y recuerda que una parte importante de las aptitudes pueden aprenderse. En cambio las actitudes cambian más raramente.

Este enfoque de la selección como solución organizativa alternativa a los incentivos tiene particular relieve en el sector público necesitado de una ética profesional y de servicio público. La selección de personal tiene así clara relevancia organizativa (menores costes de transacción para resolver lo que los incentivos no pueden resolver) e institucional (códigos de conducta, ética como instituciones informales)... los dos

grandes apartados que se han utilizado en esta exposición para analizar la gestión pública y los cambios organizativos en el Estado del Bienestar.

3. Decálogo con los puntos clave

1. Las normas clínicas son la tercera institución, junto con mercado y Estado, relevante en Sanidad.

2. Un mercado inexistente no puede establecer cuáles son los cambios organizativos más convenientes. Dichos cambios han de propiciarse a través de la regulación.

3. Los problemas organizativos clave en Sanidad se localizan más en la política o macrogestión sanitaria y en la gestión clínica, o microgestión sanitaria, que en la gestión de centros (mesogestión sanitaria).

4. Las organizaciones sanitarias vienen caracterizadas por una aplicación muy atenuada de la regla de oro del control interno (escisión entre gestión y control de las decisiones), considerable discrecionalidad profesional, necesidad de una coordinación muy intensa, ausencia de soluciones fáciles para los problemas de incentivación, y concurrencia de beneficios colectivos y beneficios individuales en las transacciones que se producen en su seno.

5. En las organizaciones sanitarias macro privan los problemas de coordinación y gestión pública, con sus limitaciones mitigables y la necesaria distinción entre sanidad como responsabilidad pública y sanidad como parte de la Administración pública.

6. Los problemas de coordinación apelan a la conveniencia de organizaciones sanitarias integradas, organizaciones que pueden impulsarse cambiando la unidad de compra o presupuestación desde servicios sanitarios a atención a un individuo y a una población.

7. Conviene no mezclar las limitaciones a la gestión pública. Unas son convenientes y otras mitigables, bien mediante investigación, bien mediante acción.

8. En organización meso, importancia de las formas intermedias entre lo rabiosamente público y lo rabiosamente privado como las organizaciones sin finalidad lucrativa o las cooperativas de profesionales.

9. El avance en la descentralización responsable de las organizaciones burocráticas, las de mayor prevalencia en el sector sanitario español, pasa por mejorar la medida del desempeño clínico, tarea simultánea de investigadores y gestores.

10. Encontrar soluciones, dentro de todo, resulta fácil. Las dificultades estriban en su implantación.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBI, E.; GONZÁLEZ PÁRAMO, J. M., y LÓPEZ CASASNOVAS, G., *Gestión pública*, Barcelona, Ariel, 1997.
- ARRUÑADA, B., «Gestión de la competencia en el sector público», en *Avances en la Gestión Sanitaria* (XX Jornadas de Economía de la Salud, Palma, 3 a 5 de mayo de 2000), Barcelona, Asociación de Economía de la Salud, 2000, pp. 327-364.
- Banco Mundial, *El Estado en un mundo en transformación. Informe sobre el Desarrollo Mundial 1997*, Washington DC, Banco Mundial, 1997.
- DRÈZE, J., «Forty years of Public Economics: a personal perspective», *Journal of Economic Perspectives*, 1994, pp. 111-130.
- GONZÁLEZ PÁRAMO, J. M., «Cambios organizativos al servicio de la gestión pública», *IV Seminario La Gestión del Cambio en los Servicios Sanitarios*, Granada, Escuela Andaluza de Salud Pública, 6 y 7 de noviembre de 1997. Libro de ponencias.
- HART, O., *Firms, contracts and financial incentives*, Oxford University Press, 1995.
- HART, O.; SHLEIFER, A., y VISHNY, R., «The proper scope of government: Theory and an application to prisons», *Quarterly Journal of Economics* noviembre, 1997, pp. 1127-1161.
- IBERN, P., «Subastas de contratos de franquicia e incentivos: una aplicación a la atención primaria de salud», *Hacienda Pública Española*, 139, 1996, pp. 7-21.
- LÓPEZ CASASNOVAS, G., y ORTÚN, V., *Economía y salud. Fundamentos y políticas*, Madrid, Encuentro, 1998.
- MARTÍN, J., «Las nuevas experiencias en gestión sanitaria», en *Informe SESPAS 1998. La Salud Pública y el futuro del Estado del Bienestar*, Granada, Escuela Andaluza de Salud Pública, 1998.
- NORTH, D., *Institutions, institutional change and economic performance*, Cambridge University Press, 1990.
- ONRUBIA, J., «El modelo organizativo-institucional del sector público: la necesaria compatibilidad de los aspectos micro y macroeconómicos», en *Economía y Gestión de las Administraciones Públicas*, Las Palmas de Gran Canaria, V Congreso Nacional de Economía, 5-7 diciembre 1995. Libro 7 de Ponencias, pp. 15-57.
- PUIG-JUNOY, J., y PÉREZ-SUST, P., *Integración vertical y contratación externa en los servicios generales de los hospitales españoles*, Barcelona, Documento de Trabajo del CRES, Universitat Pompeu Fabra, 2000.
- SALAS, V., «Gestión empresarial y sector público», *Ekonomiaz*, núm. 35, 1996, pp. 146-163.
- SALAS, V., «Sobre las instituciones del Estado del Bienestar», en CASTELLS, A., y BOSCH, N. (dirs.), *El futuro del Estado del Bienestar*, Madrid, Civitas, 1998.
- STIGLITZ, J., *Wither Socialism*, Cambridge, Ma, MIT Press, 1994.
- «The private uses of public interests: incentives and institutions», *Journal of Economic Perspectives*, núm. 12 (2), 1998, pp. 3-22.

TIROLE, J., «The internal organization of government», *Oxford Economic Papers*, núm. 46, 1994, pp. 1-29.

VENTURA, J., *Posibilidades y límites en la innovación sanitaria: dinero público gestionado privadamente*, Madrid, Fundación BBV, Documento de Trabajo del Centro Ciencia, Tecnología y Sociedad, mayo 1998.

FORMAS JURÍDICAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS

Ángel MENÉNDEZ REXACH

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. DATOS DEL DERECHO POSITIVO.—1. Los criterios de la Ley General de Sanidad (LGS).—2. Las fundaciones de iniciativa pública en la Ley de Fundaciones de 1994.—3. Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, y Ley 15/1997, de 25 de abril, de Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud.—4. Las fundaciones públicas sanitarias en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre.—5. El Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud.—III. CUADRO GENERAL DE LAS FORMAS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.—1. La protección de la salud como «servicio público».—2. Formas de gestión directa.—3. Formas de gestión indirecta.—4. Consorcios.—5. Avance de conclusiones.—IV. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO EN LA GESTIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS.—1. Autonomía de gestión, eficacia y técnicas de organización.—2. Viejas y nuevas formas de gestión y su adecuación al ámbito sanitario.—V. REFLEXIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN ¹

La presente Ponencia tiene por objeto explicar, en líneas generales, las distintas opciones que ofrece el ordenamiento jurídico español para organizar la gestión de las prestaciones sanitarias cuya provisión a las

¹ El texto de la presente Ponencia es el mismo que se presentó en el Seminario sobre «La reforma de la sanidad en España», organizado por la Fundación Duques de Soria, bajo

personas físicas es misión y, por tanto, responsabilidad de los poderes públicos competentes. Las formas de gestión admisibles en este ámbito son las previstas con carácter general para la organización de los servicios públicos, si bien hay alguna opción peculiar reciente surgida precisamente en el marco de la organización hospitalaria. Todas ellas serán reseñadas aquí de forma sucinta, con el propósito de ofrecer una visión de conjunto, por lo que no se entrará en los pormenores del régimen jurídico de cada modalidad. Ese análisis será, sin duda, objeto de otras Ponencias más específicas, centradas en torno a la Ley 15/1997, de 25 de abril, y en las fundaciones públicas sanitarias, a las que, desde ahora, resulta obligado remitirse.

Acopiaremos, en primer lugar, los datos legales relevantes para el conocimiento del estado de la cuestión en la legislación sanitaria. A continuación, trazaremos el cuadro general de la formas de gestión (directa e indirecta) que ofrece nuestro ordenamiento jurídico. Para concluir, formularemos algunas consideraciones y propuestas que pueden aportar elementos para el debate.

II. DATOS DEL DERECHO POSITIVO

1. Los criterios de la Ley General de Sanidad (LGS)

El Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud (art. 45 LGS). El problema es cómo organizar esas prestaciones. A este respecto, la Ley establece el principio de gestión unitaria (por áreas de Salud) de los centros y establecimientos del Servicio de Salud de la Comunidad Autónoma (art. 56.2), de acuerdo con la concepción integral del sistema sanitario que en ella se proclama (art. 4.2). Como es sabido, esos centros y establecimientos pueden ser públicos (de titularidad estatal, autonómica, local o de otras entidades públicas) o privados, vinculados a la red pública en virtud de los correspondientes convenios (art. 67 LGS) o conciertos (art. 90 LGS).

En términos generales, aunque no se formula explícitamente, el criterio parece ser que en los centros públicos las prestaciones sanitarias son objeto de gestión directa, mientras que la colaboración de los centros privados se instrumenta a través de los citados convenios de vinculación y de los conciertos. Estos últimos se han considerado tradicionalmente una modalidad de gestión indirecta de servicios públicos,

la dirección de doña Gloria BEGUÉ y celebrado en la Universidad de Salamanca los días 21, 22 y 23 de febrero del año 2000.

lo que se mantiene hoy en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 (en adelante, LCAP), mientras que los convenios no figuran en el cuadro general de las modalidades de gestión de servicios públicos, lo que no impide que se les pueda considerar también como una modalidad de gestión indirecta. La existencia de centros sanitarios privados, con independencia de que se vinculen o no a la red pública, es una manifestación, en el ámbito sanitario, de la libertad de empresa que la Constitución garantiza (cfr. art. 89 LGS). Los centros privados tienen, pues, una doble condición: por un lado, reflejan el ejercicio de una actividad privada libre y, por otro, en cuanto contribuyen a la efectividad de unas prestaciones que son responsabilidad de los poderes públicos, son gestores indirectos de un servicio público, en el sentido amplio que esta expresión tiene en nuestro ordenamiento jurídico.

La LGS no va mucho más allá de lo que se acaba de decir, ni podría hacerlo, ya que la organización de las prestaciones sanitarias en cada Servicio de Salud depende de la Comunidad Autónoma respectiva, en virtud de su potestad de autoorganización de los servicios a su cargo ². Únicamente se dan unas pautas (arts. 49 y ss.), de obligado respeto por aquélla, en virtud del carácter de legislación «básica» que tienen la mayor parte de los preceptos de la LGS (art. 2.º). Pero esas pautas no afectan a la opción organizativa que en cada caso se adopte, sino a los principios que deben informarla. Por consiguiente, la LGS permite la utilización de las formas de gestión admitidas con carácter general, con arreglo a los principios y criterios en ella establecidos (universalización de las prestaciones, existencia de un Servicio de Salud en el ámbito de cada Comunidad Autónoma, organización por Áreas de Salud, etc.).

2. Las fundaciones de iniciativa pública en la Ley de Fundaciones de 1994

La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general, no merecería ser citada aquí (porque su objeto es, en apariencia, muy diferente), si no fuera por el singular impacto que ha tenido en la configuración de las fundaciones de iniciativa pública como forma de organización de los establecimientos sanitarios públicos y la polémica surgida en torno a esta opción. La Ley, centrada como es lógico en

² El art. 42.1 LGS confirma lo que se dice en el texto, al establecer que «las normas de las Comunidades Autónomas, al disponer sobre la organización de sus respectivos servicios de salud, deberán tener en cuenta las responsabilidades y competencias de las provincias, municipios y demás Administraciones Territoriales intracomunitarias, de acuerdo con lo establecido en los Estatutos de Autonomía, la Ley de Régimen Local y la presente Ley» (cursiva no original).

la regulación de las fundaciones privadas de interés general, otorga también capacidad para constituir las a las personas jurídico-públicas, «salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario» (art. 6.4). Hay, pues, una presunción favorable a la posibilidad de que las Entidades públicas (territoriales o no) constituyan fundaciones para los fines de interés general previstos en la Ley, que son muy abiertos y entre los que se mencionan expresamente los *sanitarios*, junto a los de asistencia social, cívicos, educativos, culturales, deportivos, de cooperación para el desarrollo, de defensa del medio ambiente o de fomento de la economía o de la investigación, de promoción del voluntariado o cualesquiera otros de naturaleza análoga (art. 2.1).

No cabe, pues, duda, de que las Entidades públicas pueden constituir fundaciones al amparo de lo previsto en esta Ley de 1994 y así ha ocurrido, en efecto, en ámbitos materiales muy diversos (Universidades, puertos, aeropuertos, y, por supuesto, el sanitario). Estas fundaciones tienen personalidad jurídica privada y están sometidas a este sector del ordenamiento jurídico. Cuestión muy distinta es que a partir de esa previsión legal se pueda considerar que la fundación es una nueva opción organizativa, a añadir al repertorio de las que ya tenían cobertura en la legislación administrativa general³. Sobre esto habremos de reflexionar más adelante.

3. Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, y Ley 15/1997, de 25 de abril, de Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud

Estas disposiciones, aprobadas en el contexto de un debate creciente sobre la necesidad de «modernizar» y hacer más eficiente la gestión de la asistencia sanitaria pública, intentan poner al servicio de ese objetivo cualesquiera de las formas admitidas en Derecho. Entre el Decreto-ley y la Ley que lo sustituye hay diferencias significativas, pero no las examinaremos aquí, porque son tangenciales a nuestro objeto. Lo relevante es destacar el propósito de ampliar el abanico de las posibilidades de gestión, que «podrá llevarse a cabo directa o indirectamente, a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho» (artículo único, 1, párrafo primero, de la Ley). Para reforzar la afirmación anterior se puntualiza que «la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios,

³ Sobre esta importante cuestión, véase el trabajo (bastante crítico) de J. L. PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97, enero-marzo de 1998, pp. 37-63. También el más reciente de J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGPELAT, «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», en el núm. 104 de la misma revista, octubre-diciembre de 1999, pp. 575-593.

mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad» (artículo único, 2).

Como puede apreciarse, aunque la formulación no sea muy precisa, aquí están previstas, en general, tanto las formas de gestión directa de los servicios sanitarios (a través de cualesquiera entidades de naturaleza y titularidad pública) como las de gestión indirecta (mediante acuerdos, convenios o contratos con otras personas o entidades, públicas o privadas). Se puede cuestionar si esta Ley 15/1997 (como el Decreto-ley que constituye su antecedente) aporta algún elemento nuevo al cuadro de las formas de gestión admisibles en el ámbito sanitario como reflejo de las previstas en la legislación administrativa general. El Decreto-ley hacía referencia expresa a las *fundaciones* entre las opciones organizativas posibles, lo que podía considerarse una novedad. La Ley posterior ha omitido mencionarlas, pero ello no significa que se excluya la posibilidad de constituir las en este ámbito, pues tampoco se prohíbe, de modo que está abierta la capacidad de fundar atribuida a las Entidades públicas por la Ley de Fundaciones de 1994. El problema no es, a mi juicio, si se pueden o no constituir fundaciones en el ámbito sanitario (es evidente que sí), sino determinar su objeto y, en concreto, si esas fundaciones son un instrumento válido para gestionar servicios de competencia directa de la Administración pública. Sobre esto también se volverá.

4. Las fundaciones públicas sanitarias en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre

La citada Ley, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, en su art. 111, da un nuevo giro a la regulación de la fundación, como opción para la gestión de la asistencia sanitaria. Quizá influido por las críticas casi unánimes que se habían vertido sobre la utilización de fundaciones privadas de iniciativa pública (al amparo de la Ley de 1994), el legislador se propone reconducir al Derecho público el régimen de esta modalidad organizativa. En efecto, por un lado, esta Ley entronca directamente con la Ley 15/1997, aclarando que, al amparo de ésta,

«podrán crearse cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho y, *entre ellas, las fundaciones públicas sanitarias*, que se regulan por las disposiciones contenidas en el presente artículo, por lo que se refiere al ámbito del Instituto Nacional de la Salud, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las fundaciones públicas sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales» (art. 111.1, cursiva no original).

Se reafirma así, rotundamente, la posibilidad de constituir fundaciones para la gestión y administración de los centros y establecimientos sanitarios. Pero estas fundaciones son muy diferentes a las creadas al amparo de la Ley de Fundaciones de 1994 (y a las que se refería el Real Decreto-ley de 1996), porque ahora se califican expresamente de «Organismos públicos» y están sometidas, supletoriamente, al régimen establecido en la LOFAGE para las Entidades públicas empresariales (art. 111.11). Dicho de otra manera ya no son entidades privadas, como las fundaciones constituidas al amparo de la Ley de 1994, sino Organismos públicos, insertos en el marco de la LOFAGE, aunque con importantes peculiaridades en cuanto al régimen jurídico aplicable en algunos aspectos. No entraremos aquí en el estudio de esas peculiaridades, que será objeto de otra Ponencia. Nos limitaremos a subrayar, como dato muy significativo, la reconducción de las fundaciones sanitarias al Derecho público que se lleva a cabo en virtud de esta Ley 50/1998, lo que no impide su actuación con arreglo al Derecho privado en muchos aspectos (como ocurre también en el caso de las Entidades públicas empresariales) ⁴.

**5. El Real Decreto 29/2000, de 14 de enero,
sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional
de la Salud**

Esta importante disposición reglamentaria, de reciente publicación (BOE de 25 de enero del 2000), se propone desarrollar lo establecido tanto en la Ley 15/1997 como en el art. 111 de la Ley 50/1998, es decir, de modo que sus disposiciones serán aplicables, como indica su denominación, a las «nuevas formas de gestión» previstas en las citadas leyes y, en concreto, a las fundaciones privadas de iniciativa pública y a las fundaciones públicas sanitarias. Para decirlo con las palabras del propio Real Decreto (art. 3.º):

«La gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud, podrá llevarse a cabo a través de fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, consorcios, sociedades estatales y fundaciones públicas sanitarias, así como mediante la constitución de cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público.»

Aunque no es objeto de esta Ponencia el estudio detallado de esta normativa reglamentaria, conviene poner de relieve un dato que resulta

⁴ Sobre las diferencias entre ambos tipos de fundaciones, véase M. VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Madrid, Universidad Carlos III, Marcial Pons, 1999.

bastante sorprendente: que se mantenga abierta la posibilidad de crear fundaciones privadas, al amparo de la Ley de Fundaciones, para la gestión de centros y establecimientos sanitarios. Tras la regulación de las fundaciones públicas sanitarias en la Ley 50/1998, ésta debía considerarse, a mi juicio, la única opción admisible para la organización de dichos centros y establecimientos recurriendo a la técnica fundacional. Al no entenderlo así y dejar abierta la alternativa de fundar al amparo de una u otra Ley, el Real Decreto no sólo suscita importantes reservas sobre su legalidad, sino que priva también en buena medida de sentido a la regulación de las fundaciones públicas sanitarias y al propósito de reconducir su régimen al general de la LOFAGE.

Este Reglamento contiene una serie de disposiciones comunes a las «nuevas formas de gestión» y una regulación específica de las tres modalidades que parece tener mayor interés en potenciar: fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994, consorcios y sociedades estatales. Respecto de estas últimas, llama la atención que se aplique el mismo régimen cuando la participación del INSALUD sea mayoritaria o única (art. 54). Esto no parece tener en cuenta que en el primer caso la gestión es indirecta (y requiere, por tanto, la adjudicación del correspondiente contrato), mientras que en el segundo es directa. La contratación de estas sociedades se somete al Derecho privado, si bien con obligación de observar unos requisitos mínimos de publicidad y concurrencia (publicación de un anuncio en un periódico estatal y otro local y concesión de un plazo mínimo de diez días para la presentación de ofertas: art. 59).

III. CUADRO GENERAL DE LAS FORMAS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Para enmarcar las reflexiones sobre las distintas opciones organizativas en el ámbito sanitario puede resultar útil establecer un cuadro de las distintas formas de gestión de servicios públicos en la legislación española vigente. Ese cuadro se debe trazar teniendo a la vista la legislación de contratos (arts. 156 y 157 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, en adelante LCAP) y la básica sobre Régimen Local (art. 85 LBRL). Para completar el panorama, se deberían tomar en consideración los matices introducidos por la legislación autonómica, si bien en el marco de esta Ponencia no es posible hacer un estudio detallado.

1. La protección de la salud como «servicio público»

Como es sabido, el concepto de servicio público es uno de los más controvertidos, por ambiguo, del Derecho público español. Dejan-

do de lado las discusiones doctrinales al respecto, nos limitaremos a señalar que ese concepto se utiliza en nuestro ordenamiento jurídico en una doble acepción:

a) En sentido amplio, equivale a competencia o función administrativa, es decir, que comprende todas las actividades cuyo ejercicio está encomendado por la Ley a las Entidades públicas. Así, la legislación de Régimen Local establece que «son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades locales» (art. 85.1 LBRL).

b) En un sentido más estricto, la expresión servicio público se circunscribe a los servicios «esenciales», entendiendo por tales, en palabras del Tribunal Constitucional, «aquellas actividades industriales o mercantiles de las que se derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad» (STC 26/1981, de 17 de julio). Esta acepción aparece en el art. 128.2 de la Constitución, cuando prevé la reserva al sector público de «recursos o servicios esenciales», y también en el art. 86.3 de la citada LBRL, cuando, en virtud del citado precepto constitucional, declara la reserva en favor de las Entidades locales de una serie de «actividades o servicios esenciales» (abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, etc.).

A los efectos que aquí interesan, lo relevante para calificar una determinada actividad como servicio público es que esté atribuida por la Ley a los poderes públicos, quedando éstos obligados a garantizar su prestación, para lo cual podrán utilizar las modalidades de gestión (directa o indirecta) legalmente previstas. Esta característica de los servicios públicos está muy clara en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, según la cual (art. 156.2):

«Antes de proceder a la contratación de un servicio público deberá haberse determinado su régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y *que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma*» (cursiva no original).

Ésta parece ser la diferencia más importante entre los «servicios públicos» y las demás actividades (de contenido económico) que los poderes públicos pueden llevar a cabo en virtud de la iniciativa pública en la actividad económica prevista en el art. 128 de la Constitución. Los primeros son actividades que por ley deben ser asumidas por la Administración como propias, lo que no significa que las tenga que llevar a cabo directamente, sino que puede recabar la colaboración de los particulares, mediante fórmulas de gestión indirecta.

En el ámbito que nos ocupa, la regulación de las actividades que corresponde desarrollar a los poderes públicos se contiene, en lo fun-

damental, en la Ley General de Sanidad y en la legislación dictada por las Comunidades Autónomas en esta materia. La LGS incluye una relación de las actuaciones que las Administraciones públicas deben desarrollar, «a través de sus Servicios de Salud y de los Órganos competentes en cada caso» (art. 18). La misma Ley establece criterios para la organización de los «Servicios Públicos de Salud» (art. 5) y declara que «todas las estructuras y servicios públicos al servicio de la salud integrarán el Sistema Nacional de Salud» (art. 44.1). Para disipar cualquier duda, el art. 45 aclara que «el Sistema Nacional de Salud integra todas las funciones y prestaciones sanitarias que, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley, son responsabilidad de los poderes públicos para el debido cumplimiento del derecho a la protección de la salud».

La Ley 15/1997 se propone, como hemos visto, ofrecer el repertorio más amplio posible de formas de gestión de los centros y establecimientos sanitarios del Sistema Nacional de Salud, pero «garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público» (artículo único, 1, párrafo primero).

En consecuencia, a las actividades que la Ley encomienda a los poderes públicos en esta materia, les es aplicable, en principio, el esquema de las formas de gestión, directa e indirecta, establecido en la legislación administrativa general, que se expone, en síntesis, a continuación.

2. Formas de gestión directa

Se caracterizan porque la prestación del servicio se lleva a cabo desde las propias estructuras administrativas, utilizando para ello las distintas opciones previstas en el Derecho de la organización. Esas opciones son las siguientes:

a) Por los servicios de la propia entidad, es decir, a través de sus estructuras ordinarias (departamentales en el caso del Estado y de las Comunidades Autónomas).

b) Por medio de un Organismo público, denominación genérica que comprende ahora, según la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), dos figuras diferentes: Organismo autónomo, que está sometido íntegramente al Derecho público, y Entidad pública empresarial, que actúa en régimen de Derecho privado, «excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tenga atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria» (art. 53.2 LOFAGE). Ambas opciones organizativas son válidas, en general, para la gestión de servicios públicos,

sin que la Ley citada establezca criterios precisos sobre la procedencia de utilizar una u otra ⁵.

c) Mediante sociedad mercantil cuyo capital pertenezca íntegramente a la Entidad que la ha creado con esa finalidad instrumental ⁶.

3. Formas de gestión indirecta

Se caracterizan porque la prestación del servicio se encomienda a un empresario privado en virtud del correspondiente contrato. El empresario aparece así como un colaborador de la Administración para el desarrollo de actividades que son competencia y responsabilidad de ésta. Cuando el contrato es un contrato de gestión de servicios públicos (uno de los contratos administrativos típicos y tradicionales), las modalidades previstas en la LCAP (art. 156) son las siguientes:

a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura.

b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.

c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una Entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

La legislación de régimen local añade a estas modalidades el arrendamiento de las instalaciones de su pertenencia (art. 85.4 LBRL), pero

⁵ A los Organismos autónomos «se les encomienda, en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos» (art. 45.1). A las Entidades empresariales, por su parte, «se les encomienda la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación» (art. 53.1). Como puede apreciarse, ambos tipos de Organismos son aptos para la realización de actividades prestacionales o de gestión de servicios públicos. La diferencia más clara parece estar en la producción de bienes de interés público, para lo que se considera adecuada la forma de Entidad empresarial y no la de Organismo autónomo. No obstante, a partir de los escasos y excesivamente abstractos elementos que proporciona la Ley, resulta muy difícil establecer criterios sobre la procedencia de utilizar una u otra opción organizativa.

⁶ En relación con esta modalidad se acaba de producir un cambio significativo con la reciente reforma de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre. En efecto, según la redacción original del art. 155.2, se consideraba directa la gestión mediante estas sociedades cuando la participación de la entidad «madre» fuese exclusiva o mayoritaria, de modo que sólo si dicha participación era minoritaria había gestión «indirecta» y, por tanto, necesidad de adjudicar un contrato de gestión del servicio a la sociedad en cuestión. Tras la reforma, sólo hay gestión directa cuando el capital pertenece en exclusiva a la entidad matriz, de modo que, si hay otros partícipes, la gestión es indirecta, aunque aquélla tenga la mayoría del capital. Cfr. art. 154.2 del Texto Refundido de la LCAP aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

ello es irrelevante para nuestro propósito, habida cuenta de que «no podrán ser prestados de esta forma los servicios de beneficencia y *asistencia sanitaria*, incendios y Establecimientos de Crédito» (art. 138.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales).

4. Consorcios

La regulación de los consorcios como Entidades públicas se contiene en la legislación administrativa general, en términos bastante lacónicos. La primera regulación fue establecida en la legislación de Régimen Local (art. 85 de la LBRL y arts. 37 a 40 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales), conforme a la cual esta institución se caracteriza porque resulta de la agrupación de Entidades públicas «de diferente orden» (entre las que debería figurar, lógicamente, alguna Corporación Local) «para instalar o gestionar servicios de interés local» (art. 37.1 del citado Reglamento). También es admisible la participación en el consorcio de entidades privadas sin ánimo de lucro que persigan fines de interés público concurrentes con los de las Administraciones públicas. Bajo este rótulo pueden estar comprendidas, en principio, las fundaciones privadas.

En fecha más reciente, la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), de 26 de noviembre de 1992, ha regulado con carácter general la figura del consorcio, en el marco de las relaciones de colaboración entre Administraciones públicas, ligándola a la existencia de un convenio previo. Como los convenios a que se refiere esta Ley son sólo los que se celebran entre el Estado y las Comunidades Autónomas, hay que suponer que los consorcios «locales» continúan rigiéndose por la legislación de Régimen Local. Ello no impide que una o varias Entidades locales formen parte, junto con el Estado y las Comunidades Autónomas, de los consorcios que se constituyan en virtud de los convenios que se suscriban entre estas últimas Entidades.

La Ley 15/1997, de habilitación de nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud, no menciona expresamente al consorcio entre las formas de gestión que pueden adoptarse para la prestación de servicios sanitarios, sino que se refiere genéricamente a la constitución de «cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho». Aquí cabe, evidentemente, el consorcio, por tratarse de una entidad de titularidad pública y así lo precisa el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, que cita expresamente a los consorcios (junto con las sociedades estatales y las fundaciones públicas sanitarias), entre las «nuevas formas de gestión» cuya regulación viene a establecer. Ahora bien, como el consorcio no es propiamente una forma de gestión sino una Entidad pública personificada, que puede adoptar

cualesquiera de las formas de gestión admitidas por la legislación aplicable a las entidades consorciadas, parece claro que la creación de un consorcio no prejuzga, por sí sola, la opción por una determinada modalidad gerencial, sino que esta decisión se remite a un momento posterior.

Esto sentado, la decisión de constituir un consorcio no debería depender de la forma de gestión que se pretenda adoptar sino del tipo de actividades a desarrollar, que deben estar atribuidas a las entidades potencialmente interesadas en la constitución de esta figura, por tratarse de actividades «compartidas» o sobre las que concurren las competencias propias de aquéllas (ejemplo, consorcios en materia de transporte o consorcios urbanísticos, cuya finalidad es aglutinar un conjunto de competencias concurrentes atribuidas a entidades distintas). De ahí que no tenga sentido, en principio, la constitución de un consorcio para la gestión de centros o establecimientos cuya titularidad corresponda íntegramente a una sola entidad. Lo lógico sería que ésta adopte la forma de gestión que considere más adecuada, pero no que entre a formar parte de un consorcio. Cuestión distinta es que en los órganos de gobierno de la entidad gestora se dé representación a otras instituciones que puedan estar interesadas.

Por consiguiente, la figura del consorcio parece tener mayor sentido en el ámbito sanitario para el desarrollo de actividades de investigación, difusión, docencia, y otras semejantes en cuya realización están interesados, desde sus competencias respectivas, diversos organismos o instituciones, pero no para la gestión de centros o establecimientos cuya titularidad pertenezca inequívocamente a una determinada entidad.

5. Avance de conclusiones

Del esquema de las formas de gestión se pueden extraer algunas consideraciones de interés para su posterior aplicación al ámbito de la gestión de la asistencia sanitaria:

1.^a La creación de una nueva entidad personificada para la gestión de un servicio o función pública no implica la gestión indirecta del mismo, sino que se considera gestión directa, sin que, por lo tanto, sea necesaria la existencia de un vínculo jurídico contractual (concesión, concierto, etc.) entre ambas entidades.

2.^a Las modalidades de gestión (directa o indirecta) están, en principio, tasadas, por lo que todos los supuestos previstos en la legislación sectorial, cualquiera que sea su denominación, deben ser reconducibles a alguno de los previstos en la legislación administrativa general. Ello no impide que las leyes sectoriales, al tener el mismo rango, puedan introducir formas específicas de gestión, como ocurre con los

convenios de vinculación de la legislación sanitaria o las fundaciones públicas sanitarias.

3.^a La sociedad mercantil de titularidad pública es forma de gestión directa si el capital pertenece íntegramente a la entidad que decide su constitución, mientras que se considera gestión indirecta (y, por tanto, requiere la adjudicación del correspondiente contrato) si la participación de la entidad «madre» no es exclusiva sino que hay otros partícipes, públicos o privados.

4.^a La gestión indirecta se admite siempre que los servicios «tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares», quedando expresamente prohibida en «los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos» (art. 156.1 LCAP). Pese a que esta expresión se suele emplear como un valor entendido, su significado no está nada claro. Sin embargo, no resulta necesario profundizar aquí en la cuestión, porque se puede convenir pacíficamente en que la prestación de la asistencia sanitaria no supone, en sí misma, «ejercicio de autoridad», aunque puedan existir actividades conexas que sí lo supongan ⁷.

5.^a Para la gestión indirecta de un servicio público es necesario determinar previamente «su régimen jurídico básico que atribuya las competencias administrativas, que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma» (art. 156.2 LCAP), conservando en todo caso la Administración los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate (art. 156.3 LCAP).

Ahora bien, el régimen jurídico del servicio puede ser de Derecho público o de Derecho privado. Éste es otro aspecto capital de la cuestión, porque condiciona las formas de gestión admisibles, en tanto en cuanto algunas presuponen la aplicación del Derecho público (ejemplo: Organismo autónomo, en la gestión directa; concesión, en la indirecta), mientras que otras se basan en la aplicación de un régimen jurídico privado (sociedad mercantil, contrato privado). Sobre esto se volverá después.

⁷ Un ejemplo reciente lo proporciona la nueva redacción del art. 124.2 de la Ley General de Seguridad Social introducida por el art. 23 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre. Según ella, «los inspectores médicos y farmacéuticos del Cuerpo de Inspección Sanitaria de la Administración de la Seguridad Social tendrán la consideración de autoridad pública en el desempeño de tal función y recibirán de las autoridades y de sus agentes la colaboración y auxilio que a aquélla se deben». El mismo artículo atribuye a los enfermeros subinspectores la condición de «agentes de la autoridad». Esto significa, a los efectos que aquí interesan, que las citadas funciones de inspección sanitaria no podrán ser encomendadas a particulares, en virtud de contrato, porque suponen «ejercicio de autoridad». Pero sí pueden serlo, porque no lo suponen, las de prestación de la asistencia sanitaria.

6.^a En principio, las modalidades de gestión indirecta parecen recomendables cuando la Administración no tiene medios propios, por lo que recurre a la colaboración de los empresarios privados que efectúan prestaciones análogas a las que son objeto del servicio. Éste es (y ha sido siempre) el significado del concierto en el ámbito sanitario, que en la actualidad se configura como forma normal de prestación del servicio, en contraste con el carácter subsidiario y transitorio (hasta que la Administración disponga de esos medios) que se le atribuía en épocas pasadas.

Aplicando estas consideraciones a la gestión de las prestaciones sanitarias, parece razonable mantener las siguientes tesis:

a) Dicha gestión no implica, en sí misma, ejercicio de la autoridad de los poderes públicos, por lo que son admisibles, en términos generales, las fórmulas de gestión indirecta. De nuevo la práctica consolidada del concierto puede invocarse en apoyo de esta afirmación y lo mismo cabe decir de los convenios de vinculación de establecimientos privados a la red sanitaria pública.

b) No obstante, como la gestión indirecta atiende preferentemente al *contenido económico* del servicio, parece que deberían descartarse las modalidades de gestión indirecta que ponen el acento en el beneficio del gestor privado (concesión, gestión interesada y sociedad mercantil con participación pública minoritaria) y retener preferentemente aquellas que excluyen el ánimo de lucro en la actuación de aquél (éste es el criterio establecido en los arts. 67.3 y 90.2 LGS). Este criterio conduce de nuevo al concierto, porque una de las características de la concesión de servicios públicos es que el concesionario percibe unas tarifas que abonan los usuarios, mientras que en el concierto el usuario no paga, sino que lo hace la Administración concertante. Aquí encajarían también, a primera vista, las fundaciones privadas en mano pública, al amparo de la Ley de Fundaciones, pero ésta no es, en rigor, una modalidad ordinaria de gestión de servicios públicos. Sobre esto también se volverá.

c) La gestión indirecta no tiene sentido, en general, en los centros y establecimientos de titularidad pública. Al ser medios con que ya cuenta la Administración, no necesita recurrir a los propios de los agentes privados. En este caso, el problema estriba en decidir la forma de gestión (directa) más adecuada y también la conveniencia o no de seguir creando este tipo de establecimientos, cuestión a la que no se puede responder con carácter general, porque depende de las circunstancias de cada territorio y, en concreto, de que los centros existentes sean suficientes para cubrir las necesidades de la población. Este criterio parece confirmarse en la Ley 15/1997, al establecer que la gestión podrá llevarse a cabo, *además de con medios propios*, mediante acuerdos, convenios o contratos con otras personas o entidades (artículo

único, 2), de lo que se deduce que la gestión indirecta, mediante contrato, se limita a la prestación del servicio por medios ajenos ⁸.

d) En conexión con lo anterior, la asistencia sanitaria garantizada por el sistema público de Seguridad Social se debe prestar preferentemente a través de centros y establecimientos de titularidad pública y, por tanto, mediante fórmulas de gestión directa. Ésta puede considerarse una exigencia inherente al carácter **público** del sistema de Seguridad Social impuesto por la Constitución, si bien las opiniones doctrinales sobre esta cuestión están divididas. El resultado depende de la interpretación que se haga de ese carácter «público» del sistema. Como mínimo, significa que el aseguramiento de las prestaciones se garantiza por los poderes públicos (el Estado, en sentido amplio), con independencia de que las prestaciones (en este caso, las sanitarias) estén a cargo de establecimientos públicos o privados. Ahora bien, también parece correcto sostener que el carácter público del sistema de la Seguridad Social implica la existencia de unos centros de titularidad pública encargados de prestar la asistencia (lo mismo que ocurre en el ámbito de la educación). En todo caso, esta tesis se debe tomar como un criterio general de gestión, compatible con la colaboración de los establecimientos de titularidad privada, mediante conciertos y convenios, como ya prevé la legislación vigente. En este marco, los centros privados **colaboran** en la prestación de unos servicios que son de titularidad (y responsabilidad) de los poderes públicos competentes.

IV. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO EN LA GESTIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS

1. Autonomía de gestión, eficacia y técnicas de organización

En los últimos años se ha producido un fenómeno de «huida hacia el Derecho privado» en la gestión de multitud de funciones y servicios públicos, buscando en la elusión de las trabas que se consideran inherentes al Derecho público una mayor eficacia. Éste es, ciertamente,

⁸ La práctica ofrece algunos ejemplos en los que la calificación de la forma de gestión no resulta fácil y con criterios jurisprudenciales que confunden más que aclaran. Así, en el supuesto de la STS de 19 de febrero de 1999 (Aranzadi 2235) se califica de «concierto», como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos, al convenio suscrito entre una Diputación Provincial y el INSALUD para la gestión por éste de un hospital de aquélla. Con todos los respetos hacia el Alto Tribunal, esto no puede ser un concierto de los previstos en la legislación de contratos (que implica la prestación del servicio con medios ajenos) porque el hospital es un medio «propio» de la Diputación. Más bien parece tratarse de una encomienda de gestión de una Entidad pública a otra, de las previstas en el art. 15.4 LRJPAC, que se formaliza precisamente mediante convenio y no mediante un contrato administrativo de gestión de servicios públicos.

un principio constitucional de la actuación administrativa, pero su realización efectiva no depende en absoluto del régimen jurídico aplicable y, por otra parte, lo que se consideran «trabas» impuestas por el Derecho público son también, en general, garantías de los ciudadanos, de las que no se puede prescindir sin más en aras de la eficacia.

El problema no es fácil y, desde luego, su simplificación no contribuye a resolverlo correctamente. Por ello, se debe rechazar el falso maniqueísmo que consiste en atribuir al Derecho público todas las maldades sin mezcla de bien alguno y al Derecho privado exactamente lo contrario. No hagamos falsos ídolos de lo que no son más que instrumentos al servicio de la acción pública. Habría que demostrar (y nadie lo ha hecho todavía) que la aplicación del Derecho público conduce inevitablemente al despilfarro y la ineficiencia, mientras que el funcionamiento en régimen de Derecho privado es garantía de calidad y excelencia. En cuanto las técnicas jurídicas son instrumentales (y es evidente que lo son) se deben utilizar unas u otras en función de los fines que se pretendan alcanzar.

Por otro lado, la separación entre ambas ramas del ordenamiento jurídico no es tan estricta ni radical como a veces se pretende, sino que técnicas acuñadas en uno y otro sector se combinan y entremezclan, dando lugar a lo que en Alemania se denomina «Derecho privado administrativo» para poner de relieve que, cuando las organizaciones públicas actúan sometidas al Derecho privado, también deben observar determinados principios de Derecho público. Ejemplo típico: los contratos privados de las organizaciones administrativas (incluso los de las sociedades mercantiles de titularidad pública) también están sujetos a los principios de publicidad y concurrencia y lo mismo ocurre con organizaciones privadas que prestan servicios de interés general (así, las que actúan en el ámbito de los llamados «sectores excluidos»: agua, energía, transportes y telecomunicaciones, cuya contratación se rige por la Ley 48/1998, de 30 de diciembre). Estas son hoy exigencias del Derecho comunitario, que contribuyen a difuminar las diferencias entre ambos sectores del ordenamiento.

Como es sabido, el llamado «Informe Abril» era muy crítico frente al Derecho público, afirmando que éste «podrá servir eventualmente para las funciones de contratación y compra, pero de ninguna manera puede adecuarse a la gestión» (p. 29). Afirmaciones como ésta no pueden hacerse de forma apodíctica, sino que requerirían una cierta justificación. En España, los establecimientos sanitarios públicos han funcionado hasta ahora en régimen de Derecho público y, con todas las críticas que puedan hacerse, no parece correcto decir que ese régimen jurídico «de ninguna manera puede adecuarse a la gestión». Algunos hospitales han funcionado (y funcionan) bien y otros mal, como ocurre en casi todos los ámbitos, lo que puede llevar a la conclusión, tópica pero correcta, de que el buen o mal funcionamiento no depende tanto

del régimen jurídico aplicable como de las personas que lo aplican. El caso de Francia, donde los hospitales están configurados como establecimientos públicos de carácter administrativo (equivalentes a los Organismos autónomos del mismo carácter en España), podría también traerse a colación, como muestra de un sistema en el que no se ha cuestionado la aplicación del Derecho público a los establecimientos sanitarios. En el Derecho comparado pueden sin duda obtenerse ejemplos para todos los gustos, pero ello no exime de la necesidad de un análisis a fondo de la cuestión.

Para decirlo con toda claridad: el recurso al Derecho privado tiene sentido sobre todo cuando las organizaciones públicas, en cumplimiento de sus fines, deben entrar en concurrencia con los agentes económicos privados en la producción de bienes y en la prestación de servicios. En tal caso, las formas civiles y mercantiles pueden ser las más adecuadas para permitir al agente público la misma agilidad que al privado, sin la cual estará en inferioridad de condiciones para competir.

Ahora bien, la concurrencia tampoco es un fin en sí mismo, sino un medio al servicio de unos fines, que se reconducen en definitiva a la mejora de las prestaciones a los ciudadanos o usuarios del respectivo sector de la actividad. En términos generales, se puede afirmar que en el ámbito de las prestaciones sanitarias se debe promover una cierta concurrencia entre los centros y establecimientos y entre los propios profesionales (libertad de elección de centro o de facultativo), como ocurre en otros ámbitos prestacionales (por ejemplo, las Universidades). Pero no parece que ésta sea la finalidad primordial del Sistema Nacional de Salud, cuya estructura territorial y funcional (por Comunidades Autónomas y por Áreas de Salud dentro de aquéllas) limita las posibilidades de elección, aunque se deje abierto el acceso a otros centros situados fuera del Área en supuestos que, por cierto, quizá habría que determinar con mayor precisión.

La finalidad primordial del SNS es la garantía de unas prestaciones que hacen efectivo un derecho fundamental. Para ello es imprescindible la definición del contenido de esas prestaciones, la regulación del acceso a ellas en condiciones de igualdad y el establecimiento de los mecanismos de financiación. Sobre esta base, se debe proceder a la organización material de las prestaciones, para lo que el ordenamiento jurídico ofrece, como se ha visto, distintas opciones. Pero no todas ellas son intercambiables ni tienen el mismo significado, sino que la selección de una u otra depende del ámbito prestacional sobre el que se proyecten y, por tanto, de las necesidades sociales a cuya satisfacción se trata de contribuir.

En el marco de la preocupación común por reforzar la autonomía de gestión y la eficacia de los centros y establecimientos sanitarios,

conviene tener en cuenta, sin ninguna pretensión exhaustiva, lo siguiente:

— La autonomía de gestión se puede reforzar sustancialmente mediante técnicas de Derecho público (descentralización, desconcentración), mucho más que con técnicas de Derecho privado. O, para decirlo con más precisión, aunque se actúe en régimen de Derecho privado, no hay verdadera autonomía sin la aplicación previa de esas técnicas de Derecho público.

— El régimen del personal laboral (teóricamente de Derecho privado) es hoy, en sustancia, idéntico o muy parecido al del personal funcionarial (Derecho público).

— La gestión patrimonial de las Entidades públicas (compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, propiedades incorpóreas y valores negociables) se rige ya en gran medida por el Derecho privado.

Estas referencias ponen de relieve que las técnicas del Derecho público y del Derecho privado no pertenecen a ámbitos jurídicos separados y excluyentes, sino que se combinan y entrecruzan hoy en la organización y funcionamiento de las Administraciones públicas. Por otra parte, hay que tener en cuenta que, frente a la «huida hacia el Derecho privado» que ha predominado en los últimos años, muchas veces sin justificación suficiente, se asiste hoy a un intento de signo contrario, que también corre el riesgo de incurrir en simplificaciones excesivas, por falta de una reflexión sosegada. En efecto, la ya citada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), reduce, como hemos visto, a dos categorías las Entidades públicas con personalidad jurídica propia y mayor o menor autonomía funcional que se pueden crear bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado: Organismos autónomos, regidos íntegramente por el Derecho público, y Entidades públicas empresariales, regidas por el Derecho privado, salvo en algunos aspectos de su organización, presupuestarios y en el ejercicio de potestades administrativas.

En términos generales, se puede afirmar que esta Ley ofrece un abanico suficiente de posibilidades organizativas, aunque no criterios claros para decidir en qué supuestos procede la aplicación de unas u otras. Esas opciones permiten la actuación en régimen de Derecho público o de Derecho privado y, por lo tanto, parecen adaptables a cualquier situación. Sin embargo, en esta materia, como en tantas otras, hay una permanente tensión entre lo general y lo particular, es decir, en este caso, entre los tipos organizativos establecidos en la Ley y la tendencia a afirmar y mantener un régimen específico para numerosos Organismos. La propia LOFAGE relativiza su pretensión de reconducir los Organismos públicos a las categorías en ella establecidas, cuando admite la existencia de organismos *sui generis*, cuyas peculia-

ridades se salvan (Disposiciones Adicionales novena y décima). La relación de supuestos no es cerrada, sino que se prevé expresamente la posible creación, con posterioridad a su entrada en vigor, de Organismos dotados de «independencia funcional o una especial autonomía respecto de la Administración General del Estado», de modo que la lista de organizaciones atípicas puede ir creciendo en función de las decisiones del legislador. Incluso en esos casos, salvando las peculiaridades derivadas de esa especial autonomía, se intenta mantener la aplicabilidad de la LOFAGE en cuanto al régimen del personal, bienes, contratación y presupuestación (Disposición Adicional décima, apartado 2). Esa pretensión es tan loable en el terreno teórico como estéril en el práctico, ya que una Ley posterior, formalmente del mismo rango, puede exceptuar la aplicación de lo establecido en la LOFAGE, manteniendo viva esa tensión entre lo general y lo particular a que antes se ha hecho referencia.

Eso es lo que ha ocurrido, en buena medida, con las fundaciones públicas sanitarias reguladas en la Ley 50/1998. Esta Ley tiene, al menos, el mérito de insertar el régimen de las nuevas fundaciones en el marco general de la LOFAGE, lo que representa, sin duda, un avance frente a la espúrea utilización de las fundaciones privadas de iniciativa pública como forma de gestión de servicios públicos, al amparo de la Ley de Fundaciones de 1994. Pero hay que reconocer que la Ley 50/1998, aun reconduciendo las fundaciones públicas sanitarias al marco de la LOFAGE, viene a crear un *tertium genus* de Organismos públicos, porque su régimen no es el de los Organismos autónomos ni el de las entidades empresariales. Ante esta constatación, la pregunta que surge inevitablemente es si ello resultaba necesario o justificado. En el plano de la dogmática jurídica, la respuesta sería, sin duda, negativa, puesto que ya hemos visto que las categorías de la LOFAGE cubren todas las posibilidades de actuación, en régimen de Derecho público o de Derecho privado, y que, incluso, cabe la previsión de un régimen específico en determinados supuestos.

La explicación de este *tertium genus* de las fundaciones públicas hay que buscarla, a mi juicio, en razones puramente prácticas: se quiere evitar la necesidad de aprobar una Ley para la creación de estas fundaciones. Pero la cuestión es, entonces, por qué todos los Organismos públicos se crean por ley, salvo las fundaciones sanitarias que se crean por Real Decreto. En mi opinión, no hay razón alguna de peso que justifique esa diferencia de régimen.

2. Viejas y nuevas formas de gestión y su adecuación al ámbito sanitario

Como antes se ha intentado poner de relieve, al extraer unos criterios sobre las formas de gestión adecuadas a la prestación de los

servicios sanitarios, en este ámbito la efectividad de los mandatos constitucionales relativos a la protección de la salud y al mantenimiento obligatorio de un sistema público de Seguridad Social parece implicar la existencia de una red de establecimientos de titularidad pública que deben ser gestionados directamente (con o sin atribución de personalidad jurídica propia), sin perjuicio de la colaboración de los centros privados fundamentalmente mediante fórmulas de concertación.

Este planteamiento, al que responde en líneas generales la LGS, encierra una doble consecuencia: *a)* por una parte, conduce a la exclusión de formas de gestión indirecta típicas del Derecho público, como es la concesión de servicios públicos; *b)* por otra, obliga a reflexionar sobre la virtualidad de determinadas fórmulas de gestión directa en régimen de Derecho privado. Ello pone de relieve, una vez más, que lo decisivo no es el régimen jurídico abstracto a que se sujete la gestión, sino la adecuación de la opción elegida a las características de la prestación que con ella se trata de satisfacer.

En efecto, la concesión, paradigma de la gestión indirecta de servicios públicos, atiende sobre todo al contenido económico de la actividad a desarrollar y se define como una modalidad de contrato de gestión de servicios públicos en la que **«el empresario gestionará el servicio a su riesgo y ventura»** [art. 157.a) LCAP]. Esta configuración tradicional de la concesión, que todavía aparece, como se puede comprobar, en leyes muy recientes, no es del todo exacta, pues es sabido que el riesgo no recae en exclusiva sobre el contratista, sino que lo comparte la Administración, que, en determinados supuestos, está obligada a compensar a aquél para mantener el equilibrio económico del contrato.

Pero lo que interesa destacar aquí es que la concesión de servicios es una técnica mediante la que la Administración suple su carencia de recursos, recurriendo a la iniciativa privada, que con su capital y su esfuerzo ofrece las prestaciones estipuladas, ateniéndose a la regulación del servicio establecida por aquélla y percibiendo de los usuarios unos ingresos por las tarifas del servicio, que le permiten recuperar la inversión realizada, sufragar los costes de explotación y obtener un razonable beneficio empresarial. En otras palabras, el significado típico de la concesión de servicio público estriba en que la Administración no tiene que hacer desembolso alguno para sufragar el coste del servicio, porque éste se repercute sobre los usuarios. Esta afirmación genérica debe ser matizada por la existencia de servicios subvencionados o con financiación mixta, pero ello no altera el significado de la técnica concesional, que es lo que aquí se pretende explicar.

Parece claro que este esquema no es adecuado a la gestión de las prestaciones sanitarias. En ellas la financiación pública está asegurada (lógicamente, la de las garantizadas por los poderes públicos,

en el marco del sistema de la Seguridad Social o de la legislación sanitaria autonómica), por lo que no se trata de recurrir al capital privado para obtener unos recursos de los que aquéllos carecen. En segundo lugar, los usuarios no pagan al concesionario (con la misma precisión anterior), sino que contribuyen mediatamente a la financiación del sistema mediante los impuestos o las cotizaciones sociales, pero sin relación al coste del servicio. Por último —y esto es, quizá, lo decisivo—, como la esencia de la prestación sanitaria no está en su contenido económico, sino en la realización efectiva de un derecho fundamental **cueste lo que cueste**, el empresario privado no puede actuar con los esquemas habituales dirigidos a la obtención de un beneficio, sino que se verá abocado inevitablemente a una difícil encrucijada: o desempeña correctamente su función, aunque sufra pérdidas (lo que es insostenible a medio y largo plazo), o prima la obtención de un beneficio, con el consiguiente deterioro de la calidad de la asistencia prestada.

Desde luego, con fondos públicos se pueden financiar prestaciones que proporcionan los establecimientos privados, pero esto nos sitúa, de nuevo, en el ámbito bien conocido del concierto sanitario.

En el otro extremo (formas de gestión directa en régimen de Derecho privado), tras recordar que el ordenamiento vigente ofrece fórmulas suficientemente flexibles para adecuar a las necesidades a satisfacer el régimen jurídico aplicable (Entidades públicas empresariales o sociedades mercantiles de titularidad pública), se deben manifestar las reservas que suscita la tendencia reciente a constituir fundaciones, promovidas por Entidades públicas, pero sujetas al Derecho privado (Ley de Fundaciones de 1994). Por lo pronto, hay que preguntarse si el reconocimiento de la iniciativa pública para la constitución de estas fundaciones tiene por objeto aportar una nueva modalidad de gestión de servicios públicos. Ya sabemos que ésta es una opción organizativa no prevista en la legislación administrativa general, lo que no impide que se introduzca por leyes especiales, aunque la reguladora de las fundaciones no parezca el lugar más idóneo para ello. Lo importante es determinar qué aporta al repertorio de las formas de gestión directa.

Visto con perspectiva histórica, el significado de estas fundaciones parece rizar el rizo de la manipulación de las técnicas jurídicas. Los Organismos autónomos y, en general, las Entidades públicas personificadas desgajadas del Estado o de las Corporaciones Locales se explicaron en su día como **«fundación pública del servicio»**, con un significado paralelo al de las fundaciones privadas (un patrimonio adscrito a un fin de interés general). Para decirlo con mayor claridad, la atribución de personalidad jurídica propia a Entidades públicas distintas del Estado o de las Corporaciones Locales se explicó en su día, en el marco de la llamada descentralización «institucional», por servicios o por funciones públicas, con los mismos criterios que permitían el

reconocimiento de personas jurídicas en el Código Civil: asociaciones y fundaciones. En el ámbito del Derecho público, también había organizaciones de base asociativa dotadas de personalidad jurídica (por ejemplo, las Universidades) y otras de base fundacional, caracterizadas por la adscripción de unos medios al servicios de unos fines y, por tanto, basadas en el principio de especialidad de la competencia. Así se explicó, como acabamos de decir, el significado de los Organismos autónomos y de otras Entidades públicas con personalidad jurídica propia, pero sin base asociativa alguna. Eran *fundaciones públicas del servicio*, creadas para conseguir una gestión más eficaz en un régimen de mayor autonomía funcional. Ese régimen fue inicialmente de Derecho público y más tarde se entremezcló con el Derecho privado, como ya hemos puesto de relieve.

Si se recuerdan estos datos elementales, la aparición ahora de fundaciones privadas para la gestión de servicios públicos produce una gran perplejidad. Es cierto que la Ley de Fundaciones de 1994 permite que las promuevan las Entidades públicas (salvo disposición en contrario), pero también lo es que no parece que su finalidad sea la gestión de servicios públicos (**fundación privada del servicio público**), sino más bien facilitar la realización de tareas accesorias o complementarias de las principales que tiene encomendadas la Entidad correspondiente, así como para propiciar puntos de encuentro con la iniciativa privada en el desarrollo de actividades formativas, de investigación, culturales o de difusión. Las fundaciones constituidas por las Universidades para la gestión de contratos de colaboración con otras instituciones son un buen ejemplo de lo que se quiere señalar. Lo mismo podría decirse de otras fundaciones promovidas por Entidades públicas con las citadas finalidades.

Que los poderes públicos creen fundaciones privadas para la gestión de servicios públicos parece un contrasentido, porque, si lo que se pretende es la actuación en régimen de Derecho privado, la finalidad que se persigue se puede conseguir por otras vías organizativas (típicamente entes públicos sujetos al Derecho privado o sociedades mercantiles) y si lo que se quiere es simplemente dotar al centro de un estatuto especial, tratándose de un servicio de titularidad y responsabilidad pública, esas especialidades deben ser compatibles con la homogeneidad de comportamientos en el sector público al que la fundación pertenece. En definitiva, éste es un ejemplo extremo de «huida hacia el Derecho privado», en el que, quizá, lo más llamativo es el régimen fiscal tan favorable que la Ley otorga a estas entidades.

A este respecto, conviene añadir que la legislación vigente ofrece contradicciones difícilmente comprensibles. Por ejemplo, un hospital del INSALUD o de cualquier Servicio de Salud autonómico está, en principio, sujeto al Impuesto Municipal sobre Bienes Inmuebles (art. 64.2 de la Ley de Haciendas Locales), mientras que un hospital

de una fundación (privada o pública) está exento de ese Impuesto por imperativo legal (art. 58.1 de la Ley de Fundaciones). Es evidente que no hay razón alguna que justifique esa diferencia de régimen, que se mantiene vigente, pese al reciente intento de suavizarla que se ha hecho en la Ley 55/1999, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo art. 18 añade un párrafo al art. 64 de la Ley de Haciendas Locales, redactado en los siguientes términos:

«Asimismo, las ordenanzas fiscales podrán regular una exención (del IBI) a favor de los bienes de que sean titulares los centros sanitarios de titularidad pública, siempre que los mismos estén directamente afectados al cumplimiento de los fines específicos de los referidos centros. La regulación de los restantes aspectos sustantivos y formales de esta exención se establecerá en la ordenanza fiscal.»

El precepto confirma claramente la sujeción al IBI de los establecimientos sanitarios públicos. Los Municipios pueden acordar o no la exención mediante la correspondiente Ordenanza fiscal, mientras que la de los establecimientos de fundaciones privadas viene determinada directamente por la Ley.

La creación de fundaciones privadas por Entidades públicas especializadas (Organismos autónomos o Entidades empresariales) no debe considerarse como una opción normal para la gestión de las competencias ordinarias de aquéllas, pues ello vendría a desvirtuar la propia creación de la entidad como una determinada opción organizativa. En otras palabras, si se crea un Organismo público para la gestión de determinadas actividades públicas, ese Organismo no debería adoptar otras formas de actuación que supongan la atomización del ejercicio de sus competencias y su encomienda a otras entidades. La creación de fundaciones privadas puede tener sentido, como se ha dicho, para desarrollar actividades complementarias en determinados ámbitos, pero no para el ejercicio de las competencias típicas de la entidad.

Este criterio se confirma rotundamente en un reciente informe de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado (del pasado 9 de marzo). Al razonar sobre los límites a la constitución de estas fundaciones, invoca el principio de irrenunciabilidad de la competencia establecido en el art. 12.1 LRJPAC y sostiene que

«debe entenderse, salvo previsiones legales en otro sentido, que no sería jurídicamente admisible la constitución por una entidad pública de una fundación cuyos fines consistan en el ejercicio de funciones y cometidos que tenga legalmente asignados aquella entidad pública, en términos tales que la fundación sustituya a la entidad pública que la creó en el ejercicio de sus atribuciones, dando lugar así a un vaciamiento de la competencia de la persona jurídica pública; dicho en otros términos, no es jurídicamente admisible que mediante la constitución de una fun-

dación por una entidad pública ésta trasvase el ejercicio de todas o algunas de sus competencias a la fundación por ella creada».

La conclusión es que las fundaciones constituidas por entidades públicas pueden realizar funciones que «contribuyan o coadyuven a la consecución de los fines encomendados a la propia entidad fundadora, configurándose así la actividad de la fundación como una actividad colateral respecto de la que compete a la entidad pública que constituyó la fundación».

Si las consideraciones anteriores no fueran suficientes, habría que añadir que la posibilidad de constituir fundaciones privadas, al amparo de la Ley de Fundaciones de 1994, para la gestión de centros y establecimientos sanitarios debería considerarse excluida, en mi opinión, a partir de la regulación de las fundaciones públicas sanitarias en la Ley 50/1998. No cabe la alternativa de optar entre una u otra modalidad, sino que, si se quiere utilizar esta forma de organización, habrá que seguir obligatoriamente la opción de las fundaciones públicas. La creación de fundaciones privadas en el ámbito sanitario seguirá siendo posible para el desarrollo de las actividades colaterales (formativas, de investigación o de difusión) a que antes se ha hecho referencia, pero no para la gestión y administración de los mencionados centros y establecimientos, en que, si se quiere utilizar esta opción, resulta obligado seguir el régimen de las fundaciones públicas sanitarias. En consecuencia, como ya se ha indicado, no puede compartirse el criterio seguido por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, en cuanto permite la utilización alternativa de una u otra modalidad fundacional. La creación de fundaciones privadas-públicas, al amparo de la Ley de Fundaciones de 1994, sólo debería ser admisible para la realización de las repetidas actividades formativas, de investigación, etc., pero no para la gestión de centros y establecimientos sanitarios, a la que debería aplicarse el régimen de las fundaciones públicas sanitarias.

V. REFLEXIÓN FINAL

Las consideraciones anteriores pretenden poner de relieve que el carácter instrumental de las formas de gestión de servicios no significa que todas ellas sean intercambiables ni adecuadas a la finalidad perseguida. Depende del tipo de prestaciones que se trate de garantizar y, desde luego, el recurso al Derecho privado no es, por sí solo, ninguna garantía de eficacia. En el ámbito sanitario, la clave es la igualdad en el acceso y en las condiciones de prestación, lo que hace aconsejable el mantenimiento de un marco organizativo de Derecho público, sin perjuicio de que se utilicen las formas jurídico-privadas que contribuyan

a una mayor agilidad en la contratación y en la gestión patrimonial, como permite ya la legislación vigente.

La gestión de servicios públicos, como es la prestación de la asistencia sanitaria, puede adoptar las modalidades, directas o indirectas, previstas en el Derecho positivo. Tratándose de centros y establecimientos de titularidad pública, lo lógico es que se gestionen directamente, puesto que la gestión indirecta tiene sentido cuando se utilizan medios ajenos, no para los propios. La gestión directa se debe llevar a cabo a través de Organismos públicos, aunque actúen, en mayor o menor medida, en régimen de Derecho privado. La gestión directa mediante formas «puras» de Derecho privado (sociedades mercantiles o fundaciones) tiene su encaje normal cuando los poderes públicos actúan en concurrencia con las empresas privadas del sector, pero no parece adecuada a la prestación de la asistencia sanitaria que es competencia y responsabilidad de aquéllos. En la situación actual, no parece correcto el recurso a las fundaciones privadas para la gestión de centros y establecimientos sanitarios, aunque esté previsto en una discutible disposición reglamentaria. Hay que aplicar la figura de las fundaciones públicas sanitarias, cuya regulación también es cuestionable, no por su rango, pero sí en cuanto comporta la introducción de peculiaridades que no están suficientemente justificadas.

Por último, conviene recordar que el Estado no puede imponer un determinado modelo organizativo a las Comunidades Autónomas, que son las competentes para estructurar sus respectivos Servicios de Salud, pero sí puede y debe velar por la unidad y la coherencia del sistema, ejercitando las facultades que tiene legalmente atribuidas, sobre todo en el plano normativo.

En general, las Comunidades Autónomas, aunque han explorado opciones organizativas novedosas en este ámbito para la gestión de determinados establecimientos (consorcios en Cataluña, empresas públicas en Andalucía), han actuado hasta ahora con bastante mimetismo respecto del «modelo» INSALUD, creando Organismos autónomos o Entes de Derecho público para la gestión unitaria de los centros y establecimientos integrados en su respectivo Servicio de Salud. Esta opción entraña el riesgo de que se reproduzcan los malos usos derivados del gigantismo y que se dificulte la potenciación de la autonomía de cada centro, que es también un objetivo de la Ley General de Sanidad. También se puede producir el fenómeno que en otros ámbitos se ha denominado «captura del regulador», en la medida en que organismos gestores muy potentes tienden en la práctica a imponer sus criterios a la autoridad política encargada de dirigirlos y responsable, en último término, de su gestión.

Este resultado no es fácil de evitar, pero se puede prevenir mediante una diferenciación nítida de las funciones reguladoras de las pres-

taciones frente a las estrictamente gerenciales. El gestor debe tener autonomía funcional (no normativa), pero dentro del respeto más escrupuloso a la regulación establecida por quien está legitimado para ello. En esta difícil combinación entre unidad (igualdad de trato a los usuarios) y diversidad (en la organización de las prestaciones) se juega el equilibrio y la eficiencia del Sistema Nacional de Salud.

TERCERA PARTE

**LOS MODELOS ORGANIZATIVOS
DEL INSALUD
Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

PREFACIO

Félix LOBO

Universidad Carlos III de Madrid

«Entre las innovaciones humanas el empleo de unas u otras organizaciones para alcanzar sus fines está entre las más grandes y las más tempranas» (ARROW, Kenneth J., *Essays in the Theory of Risk Bearing*, Chicago, Markham, 1971, p. 224, cit. por WILLIAMSON, 2000, p. 600).

En el estudio de las organizaciones confluyen diferentes campos científicos como la Sociología, la Economía y el Derecho. Una conclusión común a los trabajos realizados desde estas diversas perspectivas es que las organizaciones no son irrelevantes: distintas fórmulas organizativas dan lugar a distintas conductas, estrategias y resultados.

Un Ministerio de Industria dividido en direcciones que reproducen la estructura sectorial puede llegar a ser bien diferente de un Ministerio con direcciones transversales. Una empresa organizada en divisiones “en M” es distinta de otra empresa estructurada en torno a centros de beneficio. Organizar la atención primaria según un esquema, como el actualmente prevaleciente en España, que descansa sobre centros de salud sujetos al predominio claro del principio de jerarquía, produce efectos distintos que los que surgirían de otras fórmulas más descentralizadas (y no necesariamente peores en todos los ámbitos). La vertebración de nuestro sistema sanitario en torno a las Comunidades Autónomas puede dar lugar a una competencia, desconocida en las condiciones anteriores de uniformidad y centralización, que mejore relativamente los servicios en alguna de ellas y genere diversidad y quizás también desigualdad. La decisión de Andalucía de no aplicar

las normas sobre financiación selectiva de los medicamentos es un buen ejemplo de esta diversidad (aunque seguramente no de mejora en los servicios sino de demagogia populista, también estimulada por esta competencia en condiciones de irresponsabilidad fiscal).

Llama la atención que después de una larga trayectoria de las ciencias sociales en este estudio de los problemas de las organizaciones y de una notable acumulación de experiencia por directivos de entidades privadas y públicas, frecuentemente se cometan errores de bulto en este ámbito. Quizás el más craso sea el de no definir adecuadamente las responsabilidades de los distintos órganos incurriendo en solapamientos de cometidos, lo que genera conflictos, tensiones y costes de todo orden. Otro no menor es no reconocer las inevitables tensiones entre estructuras horizontales y verticales de la organización. Frente a ellas procede no pretender eliminarlas, sino desactivar el potencial de conflicto que llevan consigo.

Las reorganizaciones caprichosas de empresas e instituciones públicas no son tampoco raras. Muchas veces se quedan en la superficie de las cosas, sin alterar la estructura real subyacente, pero habiendo generado altos costes en términos de tiempo perdido y luchas intestinas. Cabe preguntarse si las reorganizaciones ministeriales y empresariales que abordan los nuevos equipos directivos cuando acceden a su nueva responsabilidad deberían realizarlas no a su llegada sino a su marcha, cuando ya conocen bien los negocios que se les encomendaron. Es sabido hace tiempo que las fusiones y absorciones de empresas inevitablemente crean problemas de integración organizativa, especialmente cuando hay puestos redundantes en juego, que pueden llegar a dar al traste con la propia operación, pero en muchas ocasiones se desprecian y minusvaloran de forma voluntarista cuando se plantea la unión. Por ello una actitud prudente ante el cambio organizativo parece recomendable. En palabras de un ministro francés: «La question de la réforme administrative est toujours sur la table et elle y restera.»

En este pequeño apunte introductorio puede, sin embargo, convenir alejar el foco de los problemas más concretos y apremiantes de la organización del sistema sanitario español que se tratan en los distintos capítulos de esta obra e insistir en que las organizaciones han sido objeto de intenso interés por las ciencias sociales, por lo menos desde Max WEBER, así como que las aportaciones científicas fruto de estas preocupaciones no son ni mucho menos irrelevantes a la hora de abordar tales problemas.

Vamos a recordar sólo algunos autores y contribuciones de importancia decisiva. Primero, la consideración de la burocracia en WEBER que, en el trasfondo de cuanto se trata en esta obra, permite iluminar y entender los problemas organizativos del sistema sanitario español, que son, sin duda, problemas de organización de burocracias diversas.

Caso paradigmático es el Estatuto que regula las relaciones de los profesionales sanitarios que en él prestan sus servicios. La obra de SIMON, por su parte, ha permitido aproximar a la realidad y enriquecer el análisis económico de las organizaciones. Finalmente merecerán nuestra atención las recientes contribuciones de WILLIAMSON y otros autores que podemos integrar en la Nueva Economía Institucional y que han orientado el análisis económico hacia cuestiones organizativas antes no abordadas.

Max WEBER colocó las formas organizativas en el centro de las ciencias sociales. «A su juicio (...) la característica fundamental de la sociedad moderna y del capitalismo es la racionalización burocrática...» (ARON, 1981, p. 268). Efectivamente, una de las contribuciones cruciales de WEBER fue definir un proceso general de «racionalización» en expansión, determinado por el impulso de la técnica, que afecta a las sociedades modernas y del que el propio capitalismo sería una manifestación. El desarrollo de este proceso, y con él del capitalismo y sus organizaciones hacia formas empresariales y estatales más grandes y complejas, provoca un cambio organizativo. Éste consiste en la adopción de una minuciosa división técnica del trabajo y de una estructura jerárquica de la gestión administrativa. Esto es, aparecen las burocracias que se configuran como una nueva fuente de poder social (véase, por ejemplo, BEETHAM, 1987, vol. 4, pp. 886 ss.). Estas burocracias surgen tanto en la esfera política como en la económica y empresarial, no son sólo estatales o públicas, sino también privadas. «Una empresa capitalista persigue la ganancia máxima mediante una organización burocrática» (ARON, 1981, p. 263).

Los principios sobre los que reposa la burocracia en la concepción de WEBER son: 1) Competencias, funciones y poderes de decisión claramente divididos y distribuidos. 2) Estatuto que protege a los funcionarios. 3) Jerarquía de funciones. 4) Reclutamiento competitivo y formación especializada. 5) Remuneraciones regulares y jerarquizadas. 6) Control por la autoridad del trabajo de los subordinados. 7) Ascenso por méritos objetivos. 8) Separación entre la función y la persona que la desempeña (ARON, 1981, p. 266). Algunos de estos principios son más típicos de las burocracias estatales, pero otros son igualmente definidores de las burocracias privadas.

Esta organización burocrática destaca —frente a otras formas organizativas, como por ejemplo el feudalismo— por su eficacia para desarrollar tareas complejas. «Precisión, velocidad, ausencia de ambigüedad, conocimiento de los expedientes, continuidad, discreción, unidad, subordinación estricta, reducción de las fricciones y de los costes materiales y personales, todo esto es llevado hasta un punto óptimo en la administración estrictamente burocrática» (WEBER, en GERTH y MILLS, 1946, cit. por OLSON, 1987, vol. 1, p. 296).

En otro plano de análisis, la aparente contradicción entre las insuficiencias e ineficiencias habitualmente atribuidas a las burocracias y la permanencia y generalización de éstas es explicada, por ejemplo, por el mismo OLSON (*ibid.*), teniendo en cuenta la presencia de indivisibilidades, problemas de información y bienes públicos que dan lugar a fallos del mercado que las vuelven indispensables.

Herbert SIMON «... centra su análisis en los procesos de toma de decisiones y el comportamiento racional en las organizaciones...». Considera «frente al “*homo economicus*”, omnisciente y maximizador, al “hombre administrativo”, con una capacidad limitada para procesar información. Este decisor no va a tomar decisiones óptimas, tan sólo satisfactorias; va a trabajar, por lo tanto, con una racionalidad limitada...». Asimismo destaca la presencia en las organizaciones de grupos con intereses diferentes (CUERVO y FERNÁNDEZ, 1999-2000). Enriquece así la perspectiva tradicional de la economía neoclásica al aproximar a la realidad los supuestos fundamentales de la conducta del agente económico empresarial.

La “*Nueva Economía Institucional*” comparte con la “vieja” corriente institucional americana de VEBLEN, COMMONS o MITCHELL, que floreció en el primer tercio del siglo XX¹, su preocupación por las instituciones. Lo que la distingue y caracteriza es el análisis de las instituciones por medio de las herramientas de la teoría económica (MATTHEWS, 1986, p. 903, cit. por WILLIAMSON, 2000, p. 595). Sus contribuciones son muy interesantes y comprenden, además de desarrollos teóricos, estudios empíricos que abarcan desde la organización y regulación de las industrias de telecomunicaciones a la reforma económica y los procesos de privatización en los países antes de planificación central. Vamos a destacar sólo tres aspectos básicos de esta corriente tal y como son expuestos por WILLIAMSON (2000): el tipo de problemas que aborda, sus ideas fundamentales sobre las organizaciones y una referencia a los organismos públicos.

El análisis social puede descomponerse según WILLIAMSON en cuatro niveles. El primero (*embeddedness*, algo así como la base cultural) incluye las instituciones informales, tradiciones y costumbres y las creencias religiosas, que cambian muy lentamente y que en el análisis económico en general tomamos como dadas. El segundo nivel comprende el marco institucional propiamente dicho, esto es, “las reglas (formales) del juego” contenidas en las constituciones, leyes ordinarias y reglamentos, ya sean de Derecho público —división de poderes y su distribución entre los distintos niveles de gobierno (organización

¹ Un excelente estudio de esta corriente es el de Luis Ángel ROJO, «Veblen y el Institucionalismo Americano», *Anales de Economía*, 3.ª época, núm. 5-8, enero-diciembre de 1970, pp. 141-185. Hay otro de A. G. D. To. Véase J. A. ALONSO, «La Economía como ciencia aplicada: Una reflexión metodológica», en G. SÁENZ DE BURUAGA, *Homenaje al Profesor Sampedro*, Madrid, 1987, pp. 32-56.

centralizada, federal...)— o de Derecho privado —derechos de propiedad y contratos y su cumplimiento, principalmente—. También aquí el cambio es lento y muchas veces no progresivo sino abrupto.

El tercer nivel comprende el control, rectoría o dirección de las relaciones contractuales (el *desarrollo* del “juego”) y el ajuste de estas estructuras de control a la naturaleza de las transacciones, que constituyen la unidad de análisis en este nivel. Aquí los cambios son más frecuentes, entre un año y una década, que suele ser el lapso de duración de la mayor parte de los contratos. El cuarto nivel se preocupa por la asignación y utilización de recursos y el diseño de incentivos. En la esfera de la Economía Neoclásica y el ajuste, aquí referido a precios y cantidades, es relativamente continuo (WILLIAMSON, 2000, *passim*).

La Nueva Economía Institucional se preocupa de los problemas que se plantean en los niveles segundo y tercero, aunque es a este último al que pertenecen sus análisis más originales, pues ha avanzado en el análisis de la innovación organizativa, que por comparación con la innovación tecnológica había venido siendo hasta ahora descuidada (p. 600). Siendo su foco de análisis la transacción, su preocupación es minimizar sus costes, de donde viene el nombre de «Economía de los costes de transacción». El control del desarrollo de la relación contractual es un esfuerzo por introducir orden, por mitigar el conflicto entre las partes y conseguir ganancias mutuas. Por ello son destacables no sólo los incentivos *ex ante*, como en la Teoría de la agencia, sino también los incentivos posteriores a la conclusión del contrato. «Cualquier tema que pueda formularse como un problema contractual puede examinarse en términos de ventajas mayores o menores para la minimización de los costes» (p. 599).

Las organizaciones relevantes son las que tienen visos de viabilidad, aunque todas las organizaciones viables tienen defectos, son limitadas y deben ser enjuiciadas por su capacidad para reducir los costes de transacción. El criterio de eficiencia se expresa entonces así: «Presumimos que una organización es eficiente cuando no pueda definirse y desarrollarse una organización viable alternativa superior.» La tradicional concepción tecnológica de la empresa (como función de producción) es sustituida por la empresa como estructura de control, dirección, rectoría o adopción de decisiones (p. 602), «cuya estructura interna tiene justificación y genera consecuencias» (p. 602).

La elección entre distintas estructuras de control o dirección se mueve desde el mercado a la jerarquía. Las transacciones pueden llegar a ser excluidas del ámbito del mercado y situadas bajo propiedad única, la empresa, de tal modo que la coordinación y la resolución de disputas se realiza según un principio de autoridad, por ordeno y mando

(WILLIAMSON, 2000). El ejemplo clásico de esta alternativa es la integración vertical, el dilema entre comprar externamente o producir internamente, hoy tan de moda con el *outsourcing* o aprovisionamiento externo.

«Los organismos públicos (...) pueden considerarse como una forma de organización de última instancia (...) para cuando falla todo lo demás. Nótese que condenar a los organismos públicos, como se hace frecuentemente, porque tienen incentivos poco apremiantes, más reglamentaciones y mayor seguridad en el trabajo que una empresa comparable, es errar totalmente el tiro. Estas características han sido diseñadas y adornan deliberadamente al organismo público, con el propósito expreso de hacerlo más apto para la dirección de algunas transacciones (especialmente difíciles)» (WILLIAMSON, 2000, p. 603).

Otro ejemplo altamente demostrativo, que WILLIAMSON comenta, es el de la privatización apresurada y simplista en Rusia. Si se hubieran tenido en cuenta las enseñanzas de la Nueva Economía Institucional «el programa de privatización resultante habría sido más cauto y selectivo, con mayor atención a los problemas de implementación» (p. 609). «La privatización no es una solución para todo» (p. 610). «... El esfuerzo de reformar Rusia se habría desarrollado en forma más modesta, lenta, progresiva y meditada» (p. 610).

Después de lo dicho espero que quede claro que las tres corrientes de pensamiento mencionadas y sus ideas no son ajenas ni irrelevantes para los debates que en esta obra se incluyen y que, por el contrario, meditar sobre sus enseñanzas puede permitir mejorar la organización de nuestro sistema sanitario.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARON, Raymond, *Las etapas del pensamiento sociológico*, II, *Durkheim, Pareto, Weber*, Buenos Aires, Siglo XX, 1981.
- BEETHAM, Dee, «Max Weber», en EATWELL, MILGATE y NEWMAN, 1987.
- CUERVO, Álvaro, y FERNÁNDEZ, Zulima, «La dirección de empresas. Una visión impresionista de un siglo de estudios sobre Economía de la Empresa», *Revista Asturiana de Economía*, núm. 16-17, 1999-2000, pp. 43-81.
- EATWELL, J.; MILGATE, M., y NEWMAN, P. (eds.), *The New Palgrave. A Dictionary of Economics*, London, Macmillan, 1987, 4 vols.
- GERTH, H., y MILLS, C. W., *From Max Weber: Essays in Sociology*, New York, Oxford U. P., 1946 (cit. por OLSON, 1987).
- OLSON, Mancur, «Bureaucracy», en EATWELL, MILGATE y NEWMAN, 1987, vol. 1, pp. 296 ss.
- SIMON, Herbert, *El comportamiento administrativo*, Madrid, Aguilar, 1957 (primera edición en inglés de 1945).
- WEBER, Max, «Bureaucracy», en GERTH y MILLS, 1946.

- WILLIAMSON, Oliver E., «Public and Private Bureaucracies: A Transaction Cost Economics Perspective», *Journal of Law and Economics Organisation*, vol. 15, núm. 1, 1999, pp. 306-342.
- «The New Institutional Economics: Taking Stock and Looking Ahead», *Journal of Economic Literature*, vol. 38, septiembre 2000, pp. 595-613.

**ALGUNA REFLEXIÓN EN TORNO
A LA ORGANIZACIÓN
DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS
Y LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN**

Iñaki FERNÁNDEZ MENDIZÁBAL

Economista

Viceconsejero del Departamento
de Sanidad del Gobierno Vasco

Del conjunto de las ponencias que hemos tenido ocasión de escuchar en el marco de «las Jornadas de estudio sobre la Organización de los Servicios Públicos Sanitarios», la principal reflexión que vengo a realizar, motivada desde mi posición de representante de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco con una cierta trayectoria y experiencia en la gestión de los recursos sanitarios, la he de resumir en lo siguiente: preocupación por la aparente separación y falta de sintonía entre el mundo de los gestores de los servicios sanitarios públicos y el mundo científico proveniente de la Universidad y de la clase jurídica, y que se expresa claramente en la profunda, y creo acertada, crítica que desde estas últimas filas ha sido vertida a la reforma organizativa de las instituciones sanitarias realizada en el ámbito de competencia del INSALUD.

Se ha puesto en cuestión, en definitiva, la eficacia, las virtudes y el modo en que se ha gestado la reforma promovida por el Ministerio de Sanidad y que ha visto la luz con el Real Decreto 29/2000, sin olvidar que, de forma paralela, tal proceso de cambio ya había sido iniciado por algunas Comunidades Autónomas con competencias sanitarias, como la gallega, la andaluza o la catalana, por poner un ejemplo.

Desde mi posición de gestor de recursos sanitarios, tales críticas, y que refiero expresamente a las que se centran en la corrección en el empleo de figuras como la Fundación para dar satisfacción a unas necesidades de mayor autonomía de gestión para los centros sanitarios, merecen un serio proceso de reflexión por parte de quienes tenemos responsabilidades desde las distintas Administraciones públicas.

Quizás pueda decirse que alguna de las críticas formuladas adolezca de un excesivo rigor y purismo científico-jurídico proveniente de un mundo no transigente con el uso de institutos jurídicos de amplia tradición, como la Fundación, con fines meramente instrumentales (como puede ser la mejora de los servicios sanitarios), máxime cuando no existen pruebas, y ya tenemos datos que lo atestiguan, de los escasos y/o dudosos beneficios que el uso de las nuevas formas organizativas de los hospitales está reportando.

Es desde un plano del análisis de medios utilizados y logros obtenidos, como se ha de valorar la oportunidad de utilizar la forma de Fundación, asumiendo el riesgo, no despreciable, de desdibujar sus notas más características. Y ello, porque como gestor administrativo, no soy defensor a ultranza de la intangibilidad de los institutos jurídicos, que deben ser adaptados a las necesidades de satisfacción de los intereses generales; pero tal concepción pragmática ha de tener como límite el respeto de la esencia jurídica de tales instituciones. Y a la vista de gran parte de las intervenciones de estas jornadas, tal esencia no ha sido respetada en cuanto se refiere a las fundaciones.

Qué duda cabe de que la Administración debe orientar su actividad a la consecución de los objetivos de interés general establecidos en la Ley. No existe duda de que las vías utilizadas por el INSALUD y aquellas Comunidades Autónomas que han optado por configurar la organización de sus instituciones sanitarias, adoptando alguna de las figuras existentes en el ordenamiento jurídico, son correctas formalmente y no se les puede oponer tacha alguna de ilegalidad.

Así, y refiriéndonos al Real Decreto 29/2000, las nuevas formas de organización de los servicios sanitarios parten de la utilización de instituciones como Fundación, Consorcio o empresa pública, que se toman del ordenamiento jurídico, aunque adaptándolas a las necesidades y mejor cumplimiento de los fines sanitarios. El problema surge cuando tales adaptaciones desdibujan el perfil de alguno de los entes hasta el punto de hacerlos irreconocibles.

Esta situación, al decir de alguno de los ponentes, se ha llegado a producir, lo que debe llevarnos a los responsables administrativos a una profunda reflexión sobre sus consecuencias, ya que, más allá de una aparente corrección jurídica, tal utilización instrumental con desaparición de la esencia misma del instituto jurídico de la fundación, bajo el argumento de mejor prestación del servicio sanitario, puede

generar riesgos que hagan fracasar la línea emprendida. Porque si se defiende el uso de la fundación como vía de organización de los servicios sanitarios, pero la llamada fundación ha perdido su verdadera esencia —convirtiéndose en una sombra lejana de dicho instituto— ¿cuál es su defensa ante una oposición que se ha venido planteando desde muy diversas instancias?

Efectivamente, ha de valorarse la aceptación que los colectivos que giran en torno a las instituciones sanitarias hacen de tal reorganización, que no ha sido precisamente favorable y que, en última instancia, puede devenir en fracaso de los objetivos perseguidos, lo que, traducido al punto de vista del ciudadano, se convierte en una no satisfactoria prestación del servicio sanitario, al percibir tensiones internas que la perjudican.

Como responsable del Departamento competente de la gestión sanitaria en la Comunidad Autónoma del País Vasco, he de poner de manifiesto que el modelo configurado en nuestro territorio por la Ley 8/1997, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, ha huido de las vías que parecen generalizarse en el resto de las Administraciones con competencias sanitarias y ha preferido marcar un camino caracterizado por la unidad organizativa y la unidad de su personal al servicio de la sanidad pública. Lo que se hace sin perjuicio de que el legislador vasco haya sido consciente de la necesidad de dotar a nuestras instituciones sanitarias de cotas de autonomía de gestión, presupuestaria y financiera que las haga más competitivas, eficaces y eficientes, pero sin renunciar a un concepto de unidad esencial. Ello, como ya expliqué en mi ponencia, lo hemos pretendido conseguir, y en esta línea nos encontramos desde la gestión administrativa, dotándonos de un marco flexible de organización a través de la creación de un ente público de Derecho privado.

Este modelo permite gestionar los recursos sanitarios con la agilidad que proporcionan las técnicas del Derecho privado, sin renunciar a la esencia de lo público. Ello sin perjuicio de acudir a la vía de la personificación de las instituciones sanitarias, que la Ley 7/1997 deja abierta, y que habrá de ser valorada por su contribución neta a la mejora de la prestación sanitaria, huyendo de modas del momento. Es decir, analizando la mejor gestión de los recursos económicos y el ahorro conseguido que habrá de revertir en la ampliación de las prestaciones sanitarias hacia los ciudadanos.

La Comunidad Autónoma de Euskadi, en definitiva, no tiene la urgencia, puesta de manifiesto en otros territorios, de acudir a la personificación de sus instituciones sanitarias para conseguir beneficios, ya obtenidos por las vías indicadas sin el esfuerzo que conlleva la constitución de nuevas entidades.

Y aún quiero precisar más: la vía de la personificación de nuestras organizaciones de servicios habrá de encauzarse a través de los entes existentes en nuestro ordenamiento jurídico, como así dispone la Ley 8/1997, siendo uno de ellos el de Fundación, no cabe duda, que aparece regulada en nuestra Ley 12/1994, renunciando a la figura de las Fundaciones Públicas Sanitarias, tipo descafeinado del de la Fundación que no está recogido en dicha Ley, ni se trabaja en la hipótesis de su modificación para que tenga cabida. Es decir, la Fundación Pública Sanitaria es una figura hecha a la medida INSALUD que no es aplicable ni eficaz en la Comunidad Autónoma del País Vasco, al resultar prevalente —en todo caso— en este ámbito, la ordenación que sobre Fundaciones ha sido establecida en Ley propia (Ley 12/1994), sin que el Real Decreto 29/2000 pueda alterar el sistema de fuentes del Derecho. Amén de que, atendidas las razones expuestas por los ilustres ponentes, haya de ponerse en tela de juicio la oportunidad de modificar un instituto jurídico como el de la Fundación, en la forma que se ha consumado vía Ley 50/1998 y posterior Real Decreto 29/2000, sobre todo con las denominadas Fundaciones Públicas Sanitarias.

Por último, y aprovechando la oportunidad que se me concede, extendiendo mi reflexión a dos cuestiones que creo importantes en el contexto de la reforma emprendida por el INSALUD, cuales son la referente al personal y la oportunidad de dicha reforma ante el inminente proceso de transferencias sanitarias que se avecina a favor de las Comunidades Autónomas que tienen pendiente tal proceso.

En este punto, ha de destacarse que el camino emprendido por el INSALUD rompe el principio de unidad del régimen estatutario en las relaciones con su personal. Nuestra Ley 8/1997 considera un valor a conseguir el de la unidad en lo referente a la naturaleza jurídica de las relaciones laborales del personal al servicio de la sanidad, desde una realidad de la que parte, caracterizada por la diversidad, al coexistir personal laboral, estatutario y funcionarial, fruto de su diferente origen. A tal efecto, se opta por la naturaleza estatutaria, estableciéndose mecanismos que facilitan la confluencia por los otros colectivos.

Resulta al menos sorprendente constatar que con la reforma del INSALUD se viene a producir el efecto contrario, al preferirse la relación laboral que se va a materializar cuando se elija la vía de la Fundación en mano pública, vía que se utilizará en hospitales de nueva creación. Y ello, a pesar de que el régimen mayoritario siga siendo el estatutario, que se mantiene con la creación de Fundaciones Públicas Sanitarias en los hospitales actualmente existentes, pero que no evita tener la sensación de que tal circunstancia ha sido fruto de la presión del personal al servicio de dichas instituciones sanitarias, más que de la convicción sobre la idoneidad de dicho régimen.

Con dicha ruptura, y a la vista de los términos del Real Decreto 29/2000, el personal al servicio de las Fundaciones en mano pública,

no tiene garantizada movilidad a otras instituciones sanitarias del INSALUD. No, al menos, hacia las Fundaciones Públicas Sanitarias, a las que sólo podrían acceder en condiciones especiales y, de alguna manera, extraordinarias.

Este panorama induce a pensar en un cambio de tendencia marcado por el INSALUD en la política del personal al servicio de la sanidad pública, caracterizada por un antes —los hospitales existentes donde predomina la relación estatutaria y entre los que se mantendría la movilidad de personal— y un después —con la creación de Fundaciones en mano común, cuyo personal, como en una organización privada pura, no tendría opción a moverse fuera de su institución—.

¿Se tiende a un modelo de empleo público sanitario con perfil más privatizador y menos funcionarial? Yo creo que sí, lo que no critico, en principio, pero que nos obliga a estar alerta sobre los efectos, tanto positivos como negativos, desde la eficacia y calidad de los servicios sanitarios.

Y si realmente se puede entrever un ánimo de configurar un nuevo modelo, no debe dejar de ser puesto en relación con el contexto de transferencias que parece iniciarse.

Es decir, si la virtualidad del Real Decreto 29/2000 se restringe al territorio INSALUD, y si partimos de que el INSALUD habrá de sufrir un proceso de transferencias, hasta el punto de que dejará de gestionar las instituciones sanitarias que de él dependen y que motivará su desaparición, al menos con las funciones con las que opera actualmente, hemos de realizar la siguiente pregunta: ¿Procedía una operación que se inicia con la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, prosigue con la novedosa creación de la figura de las Fundaciones Públicas Sanitarias (sólo en el ámbito INSALUD) en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y que culmina con el Real Decreto 29/2000?

Desde la convicción en las bondades que proporciona un Sistema Nacional de Salud, creado por la Ley General de Sanidad de 1986, creo firmemente que toda esta operación, que arranca desde una óptica de habilitación de Estado en el marco de tal Sistema Nacional de Salud, no resulta trasladable ni aplicable a la Comunidad Autónoma del País Vasco, por suponer una interferencia en competencias, como las organizativas, que sólo a esta Comunidad pueden corresponder y respecto de las cuales no puede extenderse la capa uniformadora extendida por el Estado en uso de supuestas competencias básicas.

Así, la transformación y/o creación de hospitales bajo las figuras de Fundación Pública Sanitaria o Fundación en mano pública, en su caso, supone una interferencia en las potestades de organización de

los servicios sanitarios que, igual que a la Comunidad Autónoma Vasca, corresponden al resto de Comunidades Autónomas receptoras, al venir con una vestidura organizativa cuestionable por todo lo que hemos tenido oportunidad de comprobar.

En definitiva, y como corolario de esta reflexión, he de manifestar, a la vista de todo cuanto hemos tenido la ocasión de escuchar, que si ya manifestábamos una cierta distancia con el proyecto impulsado por el Ministerio de Sanidad, tal distancia se convierte en profunda reticencia por su dudosa técnica jurídica, sus no probados beneficios en la calidad de los servicios sanitarios, cuyos clientes son los ciudadanos, y por una implícita voluntad directora y uniformadora hacia las Comunidades Autónomas a las que, al menos, en un contexto común de Sistema Nacional de Salud, no deben imponérsele situaciones organizativas concretas.

LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA DE LA SANIDAD. ALGUNAS AFIRMACIONES, VALORACIONES Y CONSTATAACIONES

Guillem LÓPEZ I CASASNOVAS *

Departamento de Economía y Empresa
y Centre de Recerca en Economia i Salut
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO: I. ALGUNAS AFIRMACIONES.—II. ALGUNAS VALORACIONES.—III. ALGUNAS CONSTATAACIONES.—IV. ALGUNAS PRESCRIPCIONES.

Si en algún tema resulta fácil comprobar la disociación entre teoría y hechos, éste es el de la financiación autonómica de la sanidad. Como ésta es una cuestión que forma parte de mi agenda investigadora, me permitiré en esta breve nota a ser contundente en algunas afirmaciones. Como ello a veces puede confundirse con ignorancia y simplismo, solicito del amable lector el *in dubio pro reo* que avalan mis múltiples trabajos publicados sobre el tema (una revisión general de dicha literatura puede encontrarse en LÓPEZ I CASASNOVAS, *La financiación del sistema sanitario español y su incidencia en el gasto: perspectivas macro, territorial y funcional*, AES, 2000).

* Este trabajo sigue de una manera bastante exhaustiva el artículo publicado como «Texto de Debate» en *Gaceta Sanitaria*, vol. 14, núm. 4, Barcelona, 2000. Se desea agradecer la autorización para su reproducción.

I. ALGUNAS AFIRMACIONES

Primera afirmación: a favor del realismo. Es muy fácil proponer alternativas «brillantes» para las que siempre además se puede encontrar alguna literatura, aunque sea tomada colateralmente, como apoyo. Pero no podemos olvidar el destino, a menudo, de este tipo de estudios: engrosar lo que «pudo ser y no fue» o formar parte de lo que «no fue» porque de entrada se sabía que «no podía ser». En efecto, el resultado de las distintas formulaciones distributivas en la financiación del gasto sanitario no puede ser otro que su implantación gradual y no maximalista, por mucho que nos parezca fundado nuestro prejuicio político o nuestro argumento teórico. Esto es así, cuando menos, a la vista de la elevada proporción de gasto corriente, y de personal en particular, que recoge el gasto sanitario, siendo la rigidez de dicha partida relativamente elevada. De ahí que comúnmente aparezcan como lógicas ideas como la del doble fondo de financiación, separando la financiación ordinaria de la redistributiva, para que lo óptimo no sea enemigo de lo bueno.

Otro elemento de realismo tiene que ver con la propia naturaleza de la descentralización de las competencias en materia de salud. Por un lado, tras la transferencia, la coordinación ha de sustituir el “mando y ordeno” centralista. Quien sólo sabe reglamentar difícilmente sabrá coordinar o coadyuvar. Si se descentraliza, hace falta que impere la coherencia: lo segundo ha de primar sobre lo primero. Por lo demás, no todo está plenamente transferido. El Estado mantiene resortes fundamentales. Tanto en lo que se refiere al precio de los medicamentos como al gasto en personal (nivel retributivo) se deciden centralmente. Ello remite en buena parte al destinatario de la financiación, para el ajuste en el gasto, a la vía de las cantidades, de manera que aquí cabe reflexionar hasta qué punto es sensato esperar que la transferencia sanitaria limite en prestaciones lo que el Estado central no limitó durante su etapa de gestión directa. ¿Acaso no es la sanidad y la educación el primero de los espejos en los que visualiza su actividad un sector público autonómico? Un principio de moral kantiana recordaría que no se puede exigir a los demás lo que no se exige uno mismo.

Segunda afirmación: en temas que se remiten a decisión final política, las soluciones estrictamente técnicas no existen. Cuando el barullo se hace elevado (todos quieren conseguir más recursos con la transferencia, pongamos por caso), suele aparecer la tentación de buscar una supuesta racionalización por la vía de los informes de expertos. Se busca la respuesta técnica (instrumental: programación lineal, análisis econométrico), más que la conceptual, olvidando que tanto en éste como en otros temas, el papel de los estudios técnicos consiste en

informar correctamente la toma de decisiones políticas y no en sustituirlas.

A lo largo de los años en que me he dedicado al tema he visto, por un lado, publicar ajustes predictivos del gasto sanitario total (!) sobre la base de «enfermedades de declaración obligatoria», «número de hogares sin servicios higiénicos», «índices de privación» diversos o «número total de médicos» (!). Por otro lado, buscar «parsimonias» maximizando el porcentaje de la variación explicada en la variable dependiente no resulta hoy nada complicado [depende de cuántas regresiones esté uno dispuesto a efectuar: la lluvia en Escocia y el crecimiento de la oferta monetaria son su ilustración más dislate (!)]. Un ex ministro (J. BORRELL, 1992) incluso ha escrito un texto (*La República de Taxonia*, Pirámide, p. 259) donde explica cómo minimizar la financiación que se ha de poner encima de la mesa para una negociación en financiación autonómica, para que alguien gane sin que otros pierdan, sobre la base de «objetivar» de manera pertinente algunas variables. Siempre es posible de hecho encontrar aquella variable que definida convenientemente, medida de modo «apropiado» (por ejemplo, acotando su recorrido) y ponderándola adecuadamente, genere los resultados deseados. ¿Anticipa el lector qué definiciones de índices de mortalidad/morbilidad pueden resultar más o menos favorables a las distintas Comunidades Autónomas? Una simple ojeada al respecto puede sacarle de dudas. Segunda conclusión, por tanto: entre académicos no se debe insultar la inteligencia.

Tercera afirmación: la sacrosanta bandera de la solidaridad interterritorial comporta a menudo intereses inconfesables. En efecto, ¿hasta qué punto es compatible con la descentralización sanitaria la uniformidad que exigen determinadas nociones de equidad utilizadas en algunas propuestas de distribución de recursos? Y más aún cuando para ello no existe un concepto de equidad que sea de consenso y resulte plenamente operativo (equidad de acceso, de consumo, ajustado por necesidad —a precisar—, de idéntico resultado...). Nótese que, en este último caso, la igualdad de resultado ante igual necesidad exigiría efectivamente un grado de intervencionismo público que obligaría a incidir en la esfera de la libertad individual (estilo de vida, consumos nocivos...), sobrepasando la esfera de las actuaciones sanitarias (así en materias intersectoriales relevantes: medio ambiente, seguridad vial, en el trabajo, sector industrial alimenticio...) y, sobre todo, impactando en renta y educación.

Dado lo anterior, el énfasis casi exclusivo en la redistribución territorial de recursos sanitarios para el gasto en servicios sanitarios (camas, sueldos de médicos, equipamientos...) no cumple la mayor parte de los objetivos contenidos en las anteriores nociones de equidad: no contempla el resto de políticas de salud e ignora los objetivos de planificación y coordinación generales.

Con todo ello, parece que toda la política sanitaria se reduce a la discusión inacabable acerca del trasiego propio de la distribución y redistribución de recursos financieros, y mucho menos al estudio de cómo se orientan las partidas de gasto dentro de cada Comunidad, su eficiencia y equidad personal interna.

Cuarta afirmación: la reivindicación de la insuficiencia financiera permanente resulta cancerígena para una buena gestión. Es sabido que la territorialización del gasto sanitario ha ampliado en gran medida los roles de los agentes presentes en la gestión del gasto. En el caso de las Comunidades Autónomas, su participación se ha producido en un marco de falta de corresponsabilidad financiera y, hasta el presente, nulo ejercicio de potestad tributaria efectiva, lo que no ha ayudado a asumir, en toda su dimensión, el control de la evolución de las prestaciones sanitarias. A los gobiernos autonómicos no les ha resultado difícil aducir en su favor las limitaciones impuestas por la territorialización de la financiación estatal (capitativa media) recibida para sus servicios sanitarios, y los escasos márgenes de que han dispuesto hasta el presente para ejercer la potestad tributaria. Sin embargo, la sospecha de que ello ha servido como pretexto para no abordar las reformas pendientes en el sistema sanitario, tampoco parece que se pueda ignorar.

La vía de la corresponsabilización en el gasto, a través de favorecer la aplicación de tramos de financiación local o autonómica adicional por parte de aquellas Comunidades Autónomas que ejercen las competencias sanitarias en el marco de la financiación general sin duda se deberá algún día de recorrer. Ello equivaldría a una disminución de las transferencias fiscales centrales conjuntamente a la apertura de un «espacio fiscal» (*fiscal room* como se cataloga para las provincias canadienses) sobre una cesta de impuestos cuyas variaciones recaudatorias quedasen afectadas a la financiación de gasto social por ejemplo (el sanitario y el educativo en Canadá). A su vez, los municipios podrían completar servicios públicos (algo más explícitamente de lo que lo hacen ahora), siendo éste un mecanismo más redistributivo, al basarse en el conjunto de la financiación local, que el método tradicional en el pasado, de las igualas médicas.

Incluso podría incentivarse la aplicación de dicho esfuerzo territorial adicional con políticas de subvención estatal compensatoria, desde una concepción típica del gasto sanitario público como bien de mérito, social o preferente, que conviene incentivar a distintos niveles. En cualquier caso, ¿legitiman las argumentaciones de una mayor financiación pública de la sanidad el crecimiento descontrolado del gasto, la ineficiencia en la gestión de los servicios, el incremento por parte de las CCAA de las prestaciones reales medias sin costes fiscales directos, o la falta de transparencia en las políticas sanitarias (catálogo, priorización, etc.)? Sin duda, no.

II. ALGUNAS VALORACIONES

Pretendo, en segundo lugar, someter a juicio del lector las siguientes valoraciones:

1. Conviene recordar que todo acuerdo de financiación autonómica supone un pacto. En la línea de financiación de gasto en la que nos movemos —y no de espacio fiscal—, los límites son los constitucionales y del encaje de cada Comunidad Autónoma. El País Vasco y Navarra son ejemplos paradigmáticos de esta posición. Es difícil por ello que resulte justificable invalidar las posiciones de otras Comunidades Autónomas desde distinto referente político.

2. En nuestro país se ha tendido a identificar una supuesta racionalización («poner orden») con simplificación (forzar a que sean sencillas situaciones diversas). Como intentamos mostrar, el lector deberá sospechar de propuestas que se presenten bajo la etiqueta de «sencillas» y para las que se exija consenso. Ninguna de las dos condiciones se cumple en la política, por lo que los «brindis al sol», pese a que tengan un cierto atractivo intelectual, no coadyuvan a solucionar los problemas [que es a lo que se supone se dirigen las propuestas (!)], con lo que se acaba dejando inalterado el *status quo*.

3. Fuera de nuestro país las cosas no están más claras. Los británicos, con más de veinte años de fórmulas, no tienen el tema solucionado. Antes bien se les está complicando día a día (las reformas sanitarias implantadas han dejado obsoletas formulaciones previas). La literatura que se suele citar al respecto acostumbra a ignorar: i) que el *National Health Service* (NHS) permite unas desigualdades muy superiores a las españolas (Escocia, Gales e Irlanda del Norte se sitúan muy por encima de los niveles medios de capitación ingleses: el 25, el 18 y el 8 por 100, respectivamente), y sus fórmulas de distribución interna permiten rangos de gasto per cápita muy superiores al observado en España. ii) Comúnmente no se enfatiza suficientemente que la fórmula RAWP inglesa ajusta por el envejecimiento de la población, por la docencia e investigación (un 15 por 100) y por los costes geográficos diferenciales (una libra no compra idéntica cesta de compra en el contorno del Támesis que en Birmingham). iii) Donde mayor «ruido» (discusión) se produce es en la determinación de los factores relativos a las necesidades sanitarias: variables que deberían ser independientes de la utilización observada (oferta induce demanda), factores sociales relativos a la privación, etc. Por lo demás, su evolución dinámica arroja sorpresas e inestabilidad financiera que cuadra mal con la rigidez a corto plazo del gasto sanitario. iv) Finalmente, de la ingeniería de fórmulas como la inglesa se obvia el hecho de que ésta opera sobre residuos, una vez garantizadas las restricciones financieras [no ha podido ser de otro modo, dado que el Ministerio con-

trolaba por ley la parte relativa a salarios (!)] y que su distribución sufre limitaciones del estilo de que el impacto no supere variaciones marginales en más o menos una determinada cuantía.

III. ALGUNAS CONSTATAIONES

Por último, permítame el lector que ofrezca a su consideración lo que entiendo constituyen algunas constataciones.

No puede sorprender que con la descentralización sanitaria se hagan siempre más explícitas las divergencias en la distribución de recursos, aunque éstas ya existieran y el Estado centralista las difumina al negarles relevancia política. Además, una dosis de divergencia adicional puede surgir del ejercicio de la autonomía en el gasto que realice una Comunidad Autónoma, como reflejo de la adecuación entre posibilidades y aspiraciones de su ciudadanía (esto es, puede que unas partidas de gasto público ganen peso en detrimento de otras dentro del conjunto del gasto social). Los tres tablas siguientes muestran la cuantía del volumen de fondos que anualmente se destinan a financiar los distintos servicios regionales de salud (incluido el INSALUD-Gestión directa).

TABLA 1. *Capacidad total de financiación autonómica procedente del Sistema Nacional de Salud 1999*

<i>Comunidad Autónoma</i>	<i>Capacidad total (miles de ptas.)</i>
Andalucía	739.803.108
Canarias	164.733.022
Cataluña	666.057.741
Galicia	283.589.734
Navarra	55.084.493
País Vasco	222.745.087
Valencia	414.739.657
Gestión transferida	2.546.752.842
Gestión no transferida	1.568.124.357
TOTAL SISTEMA	4.114.877.199

Fuente: Ministerio de Sanidad, Datos y Cifras, 1999.

TABLA 2. *Capacidad de financiación per cápita: año 1999*

	<i>Capacidad per capita *</i>	<i>Capacidad p. c. (SNS = 100)</i>
Andalucía	101.927	99,04
Canarias	100.460	97,61
Cataluña	108.214	105,14
C. Valenciana	102.814	99,90
Galicia	104.160	101,20
País Vasco	107.260	104,20
Gestión transferida **	104.034	101,08
Gestión no transferida	101.350	98,47
SNS **	102.920	100,00

* En pesetas. Calculada a partir de la población residente en el 1 de julio de 1998 (INE) y ponderada aplicando el índice regional de paridad de poder adquisitivo del año 1998 (Institut d'Estadística de Catalunya).

** Excepto Navarra.

TABLA 3. *Gasto per cápita: incrementos anuales y coeficientes de variación*

<i>Gasto per cápita</i>	<i>Incrementos anuales (%)</i>		
	<i>91-99</i>	<i>91-95</i>	<i>96-99</i>
España	76,9	45,7	14,3
Andalucía	81,2	46,0	20,5
Cataluña	84,9	47,0	20,4
País Vasco	84,6	47,8	17,2
INSALUD-GD	69,3	35,6	16,7
	<i>Rango (mín.-máx.)</i>		
	<i>91-99</i>	<i>91-95</i>	<i>96-99</i>
Coeficiente de variación	0,020/0,039	0,020/0,031	0,031/0,039

Fuente: Elaboración propia a partir de datos presupuestarios del INSALUD (Ministerio de Sanidad, Datos y Cifras, 1999).

En general, las diferencias en financiación y composición de gasto debieran tener que ver con: i) las diferencias en necesidades sanitarias (relacionadas con la composición demográfica y las características de la morbilidad), ya sea por ser consideradas éstas en la financiación territorial, o por ser interpretadas como objetivos de la política sanitaria en la cuantía y composición del gasto autonómico; ii) en razón de condicionantes económicos generales que afecten al coste de los *inputs*

sanitarios; iii) como resultado de las mayores preferencias o consumo sanitario, de la población atendida, con reflejo último, claro está, en un mayor esfuerzo fiscal. Pese a que no siempre se podrán esperar unos resultados completamente acordes con esta taxonomía, no cabe duda que puede servir como guía de aproximación.

En la práctica, no obstante, la financiación autonómica de la sanidad parece haber transitado por senderos menos transparentes:

1. Cada CA ha seguido un proceso transferencial diferente, llevado a cabo en distintos momentos del tiempo (de los casi veinte años ya de Cataluña a los menos de cinco de la Comunidad Canaria) y bajo circunstancias distintas (correlaciones de fuerzas políticas diferentes en el ámbito central y en su identificación con las imperantes en las Comunidades). Dicho proceso se ha realizado sobre la base de diferentes parámetros para el cálculo de su financiación, lo que le ha otorgado un más que discutible carácter de «sistema» a la distribución de recursos efectivamente realizada. Todo ello, por supuesto, con el añadido del régimen diferenciado de financiación para las comunidades forales, que les otorga mayores márgenes de financiación y, a la par, responsabilidad fiscal.

2. El referente capitativo (aproximado de distintas maneras a lo largo del tiempo) que se ha pretendido acabar implementando ha llevado a una situación sin salida, a efectos de poder generalizar las transferencias al conjunto de las CCAA. No reconoce explícitamente la demografía, ni los costes territoriales relativos, ni considera de manera rigurosa el flujo de pacientes desplazados, del mismo modo que no valora rigurosamente el impacto de los centros de excelencia en los costes sanitarios. Negar dicha evidencia (¿o es que se desea que cada Comunidad Autónoma tenga, independientemente de su tamaño, sus propios centros de excelencia, sea autosuficiente en prestaciones y en su formación sanitaria?) complica en gran medida el debate (¿o es que se quiere que sobre la financiación capitativa simple se abra un campo de negociación y facturación cruzada a precios de mercado?; ¿sería ello igualmente aceptable para otros servicios públicos?) en la medida en que politiza todo el proceso transferencial.

3. Veíamos antes cómo con la descentralización sanitaria se han hecho más explícitas las divergencias en el gasto. Ello se ha interpretado como inequidad territorial sobre dos bases: i) por el reflejo equívoco de identificar mayoritariamente «barra libre» con equidad de acceso, intentando replicar dicha valoración al ámbito interno de cada comunidad, y ii) por el hecho de que las mayores preferencias por los consumos sanitarios se han producido, en general, sin el acompañamiento de un mayor esfuerzo fiscal en el sistema de financiación autonómica. En cualquier caso, el coeficiente de variación, que muestra la dispersión relativa entre CCAA en el gasto sanitario per cápita, ha pasado entre

1991 y 1999 del 2 al 3,9 por 100 (aunque en general existen fluctuaciones desde principios de los años noventa, con pautas bastante erráticas).

4. Reconocido lo anterior, las disparidades territoriales en gasto y en política sanitaria son un hecho a incorporar en el escenario futuro de la financiación pública en un Estado descentralizado. En realidad es suficientemente sabido que el desarrollo económico y social, al margen de otros factores (envejecimiento, mayor capacidad de curar y cuidar, medicalización social, avances tecnológicos...), empujan el gasto sanitario. A mayor renta, mayor gasto sanitario; en concreto, sus factores impulsores son varios: el peso de la educación sanitaria, la globalización del conocimiento médico, expectativas de los usuarios, mayor acceso al dispositivo sanitario, mejor calidad asistencial (oferta inductora de demanda), mayor valoración social de los aspectos relativos a la calidad de vida derivados de los tratamientos, etc.

Vistas por tanto las desigualdades territoriales en renta media per cápita (y dejando a un lado el hecho de que en materia de salud las desigualdades personales y su polarización son las mayormente relevantes), ¿por dónde trazamos la línea del derecho reconocido a prestaciones, acceso, equidad real (ajustada por calidad asistencial) en los servicios sanitarios públicos? ¿Se puede resolver con una fijación de mínimos, o de valores medios (¿media móvil?), o de una frontera de mejor práctica?

El problema reside entonces en cómo conseguimos, al tratar la cuestión de la distribución territorial de recursos, que lo que se valida empíricamente en la relación renta/gasto sanitario a niveles medios de los países se satisfaga también en el ámbito de cada Comunidad receptora de las transferencias sanitarias (sin una frustración importante de expectativas sociales).

Y es que lo que resulta evidente en las comparaciones internacionales, también se constata a escala regional. Así, en Francia, el gasto sanitario per cápita de Midi-Pyrénées es un 16 por 100 superior a la media francesa. En Italia, Liguria o Emilia Romagna se sitúan un 17 por 100 por encima de la media. El rango en los valores capitativos es 1,4. En Inglaterra, la Región del Támesis muestra un gasto capitativo un 35 por 100 por encima de la media; Manchester (North Western Authority), un 10 por 100.

Por lo demás, dichas desviaciones son más pronunciadas cuando en la financiación de la sanidad juega la capacidad fiscal (en Suecia —impuesto local sobre la renta—, en Canadá —espacio fiscal en renta y sociedades—, Australia, Alemania...). En este sentido, British Columbia (Canadá) gasta un 0,7 por 100 más de su PIB en sanidad que la media de provincias. En España, y contrariamente a lo que se suele postular, entre las CCAA de régimen ordinario, la que se separa más

de la media, gracias a determinados ajustes argumentables sobre la capitación, lo hace tan sólo en un 5 por 100.

5. Algunos quizás deseen postular que la capitación es una medida demasiado cruda, siendo necesarios otros argumentos para un ajuste razonable: demografía (impacto del envejecimiento relativo, para el que se cuenta con evidencia suficiente); desplazados (pacientes que utilizan servicios fuera de la población en la que están censados, resultando su cuantificación posible); sobre coste de las externalidades docentes e investigadoras (de estimación posible a partir de los datos de que se dispone), y finalmente, a considerar al menos en la valoración «real» del gasto sanitario, las diferencias en los costes unitarios relativos (con toda la problemática que ello pueda significar, y si no en el ajuste para el gasto corriente, sí quizás en la determinación de necesidades —art. 15 de la LOFCA—). Recordemos, dicho lo anterior, que en educación las diferencias en gasto triplican las desigualdades sanitarias (Memoria del Consejo Económico y Social, 1998).

Si tomamos alternativamente una aproximación de sistema comparado con la paradigmática fórmula RAWP para Inglaterra, antes comentada, convendrá destacar que la capitación pura garantiza tan sólo, en la práctica, un 25 por 100 del total de la financiación recibida. El resto del ajuste incide efectivamente a tercios: el envejecimiento, las variables socioeconómicas y el coste unitario diferencial (o *market forces factor*). A su vez, un 10 por 100 del total son fondos especiales distribuidos fuera de la fórmula. Y más aún, como vimos, se limitan las variaciones entre el valor histórico (incrementado por el *cash limit* general aprobado centralmente) y el predeterminado vía fórmula en un 4 por 100.

6. El problema es «otro», dirán algunos, ya que las desigualdades internas de España son «mucho mayores que en muchos de los países con los que se la compara». Sin embargo, éste no parece ser el caso a la vista de los datos disponibles procedentes de EUROSTAT. Por lo demás, en gasto sanitario, los coeficientes de variación del gasto capitativo (desviación estándar/valor medio) eran para Suecia, 10 por 100; Inglaterra, 14,3 por 100; Francia, entre el 16 y el 12 por 100 (según el año); Italia, un 15 por 100; Canadá, un 31 por 100 (un 26,2 por 100 en su componente público). Y de manera similar en recursos y utilización: entre los *länder* alemanes, el coeficiente de variación se sitúa, en frecuentación sanitaria, en torno a un 50 por 100.

7. Finalmente, si existe tanta evidencia de que el desarrollo social empuja la utilización sanitaria (y con ello el gasto), ¿qué tratamiento puede darse a la financiación autonómica de la sanidad española? Veamos algunas opciones:

a) «Debiera ser el gasto sanitario total el que marcara diferencias» (p. ej., en gasto privado o en aseguramiento sanitario).

b) «La solución pasa por una mayor corresponsabilidad fiscal»: financiar con tributos propios las prestaciones que superaran determinados niveles preestablecidos.

Sin embargo, estas primeras opciones exigen:

i) Fijar niveles básicos e interpretar la equidad como ausencia de envidia.

ii) Corregir el conjunto de flujos fiscales por todos los conceptos (déficits fiscales, trasiego de recursos con escaso impacto en los niveles de **desigualdad** territorial y desigualdad personal).

c) «Consolidar la financiación sanitaria en el *pool* de la financiación global de los servicios públicos», dando una mayor preeminencia al criterio caputivo para todos los servicios públicos universales y:

i) Que el ajuste por envejecimiento, que actualmente se ignora, compense el potencial menor gasto educativo con el mayor gasto sanitario.

ii) Que tanto la LOFCA como la distribución de gasto en servicios transferidos se aproximen al criterio poblacional.

iii) Que se generalicen las transferencias sanitarias (concretando, por ejemplo, quién deba soportar el diferencial de financiación capitativa de Madrid —en torno a un 15 por 100 superior a la media española—).

iv) Que se singularicen los ajustes pendientes: facturación de desplazados entre CCAA, compensación por centros nacionales, y competencia de fondos en docencia e investigación.

IV. ALGUNAS PRESCRIPCIONES

El abordaje que creemos mejor puede ayudar a una decisión informada para la resolución de los problemas de financiación autonómica de la sanidad consiste en: i) dentro de la alternativa de ahondar en la «línea gasto», cuantificar lo cuantificable y remitirlo a un fondo explícito para la financiación ordinaria, en el sentido de recurrente, de los servicios autonómicos; ii) proponer alternativas diferentes (el Consejo Interterritorial debiera ser para ello el foro adecuado) de medida de la desigualdad sanitaria. Una vez políticamente acordada su medición y calibrado, remitir la distribución a un segundo fondo que ya sería en este caso de transferencias condicionadas, respecto de los niveles de desigualdad que se intentan reducir, y controladas en su utilización. Tal como recogió el texto de la Subcomisión para la modernización de nuestro sistema sanitario, dicha estrategia es como mínimo más nítida y transparente para que primen los procesos de elección social frente a la influencia de los grupos de presión.

Es por lo demás posible que resulte infactible mantener en el medio plazo un acuerdo de dicha naturaleza, a la vista de los cambios en las correlaciones políticas observadas. Si éste es el caso, parece que la mejor política consistiría en devolver la financiación sanitaria al régimen general de financiación. Esto es, una vez modificada la LOFCA y desarrollado por la vía de la corresponsabilidad fiscal el acuerdo de financiación autonómica general, la instrumentación de un capitulo global como referencia de gasto en servicios públicos de característica universal resulta adecuada (lo que no se ajusta positivamente por envejecimiento para sanidad se corresponde con lo que no se ajusta negativamente por educación), dejando a las diferencias en niveles de aportaciones tributarias la contribución a la equidad entre CCAA, de nuevo de una manera transparente para que los políticos puedan rendir cuentas en el Parlamento.

LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS

Javier REY DEL CASTILLO

Médico Inspector

Ex Director General de Alta Inspección

Ministerio de Sanidad y Consumo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. UN MODELO INCOMPLETO Y NO CERRADO.—III. EL MARCO TEÓRICO DE UNOS SERVICIOS SANITARIOS UNIVERSALES DE GESTIÓN DESCENTRALIZADA EN EL CONTEXTO DEL ESTADO AUTÓNOMICO.—1. Un modelo inédito y con escasas referencias.—2. Un modelo inespecífico en el contexto de una descentralización general.—3. Los servicios sanitarios, instrumentos inadecuados de identificación regional.—4. La financiación sanitaria ¿condicionante de la organización territorial?—5. Las economías de escala en los servicios sanitarios, como mecanismo de eficiencia y condicionantes de la organización territorial de la sanidad.—IV. ALGUNAS CONDICIONES DE DESARROLLO FUTURO DEL SISTEMA SANITARIO ESPAÑOL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL.—1. Especificidad de la organización sanitaria como servicio de cobertura universal y gestión descentralizada.—2. Una organización sanitaria basada en la cooperación y la coordinación entre las CCAA, más allá del marco competencial.—3. Simetría en el papel representado por las Administraciones autonómicas.—4. Reserva de determinados papeles (garantía de protección universal y equidad) a la Administración central.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando recibí la invitación para participar en esta mesa redonda se me indicó que mi intervención se dirigiera a un aspecto de la orga-

nización de los servicios sanitarios diferente del que se está abordando de manera preferente en estas Jornadas. Se trataría de que mi aportación contribuyera a analizar qué cuestiones plantea la organización territorial de los servicios sanitarios en España en el momento actual.

Debo decirles que esa sugerencia me pareció un acierto, no tanto porque se trate de una cuestión a la que vengo dedicando una atención preferente en los últimos años, sino principalmente porque las implicaciones de las formas organizativas y las formas de gestión en los servicios sanitarios no se entenderían por completo, de manera especial en España, si no se tiene en cuenta el contexto territorial en el que se implantan.

Las relaciones entre la organización «funcional» y de la gestión de los servicios sanitarios y la organización territorial de éstos ofrecen facetas muy diferentes: de entrada, hay que tener en cuenta que la primera (y quizás la más importante) reorganización de los servicios sanitarios españoles que ha tenido lugar en España en el período constitucional ha sido la territorial; el establecimiento del criterio de la descentralización de la gestión sanitaria a las Comunidades Autónomas (con las peculiaridades y limitaciones que luego se comentarán) ha tenido amplias consecuencias sobre los aspectos más diversos de los servicios sanitarios (desde su organización, a las formas de financiación y control del gasto, o la gestión del personal, por citar tres campos en los que el impacto ha sido y es relevante). Se trata, por tanto, de un nuevo marco de referencia, cuya influencia sobre esas y otras facetas de la organización sanitaria es imposible de evitar.

Por otra parte, la propia decisión descentralizadora, adoptada desde el texto constitucional, puede considerarse como un motor de arranque de las reformas organizativas y de la gestión que se han producido luego: en su misma filosofía, la descentralización política efectuada basa una parte importante de sus razones (al menos de las razones formales) en la adaptación de las formas organizativas y gestoras a las peculiaridades de cada ámbito territorial. Aunque se pueda analizar, como se ha hecho en otros textos, que en la práctica el desarrollo de las innovaciones en la gestión sanitaria por parte de diferentes Comunidades Autónomas se ha guiado más por criterios de seguimiento de lo hecho en otros territorios que por razones específicas de adaptación a su situación peculiar, lo cierto es que no se puede negar que la iniciación de las innovaciones en la gestión en España comenzó por un territorio (Cataluña) en el que sí se daban determinadas situaciones diferentes a las del resto del territorio nacional ¹.

¹ Un ejemplo muy grosero, pero expresivo, de esas situaciones diferentes era la dependencia patrimonial de las camas hospitalarias: cerca del 80 por 100 de la red pública hospitalaria española dependía del INSALUD, mientras que esa cifra se reducía a alrededor del 40 por 100 en el territorio catalán; en este último, por el contrario, predominaban las entidades privadas o sin

Por último, la descentralización de las responsabilidades sanitarias efectuada, dentro de la tendencia a la homogeneidad global en la gestión que se ha comentado, ha facilitado y servido de base para la diversidad organizativa, multiplicando la aparición de formas distintas de organización en el mismo nivel asistencial ².

II. UN MODELO INCOMPLETO Y NO CERRADO

De la importancia atribuida en el apartado anterior a la organización territorial de los servicios sanitarios cabría esperar un diseño cuidado y completo de la misma, en el que se diera solución a los problemas principales derivados de la distribución territorial de la responsabilidad.

La realidad es bien distinta: si tomamos como expresión más explícita del modelo sanitario vigente la Ley General de Sanidad, de 1986, sus previsiones alcanzan sólo una situación transitoria, de la que no cabe deducir un diseño final del modelo, ni de carácter global, ni en aspectos fundamentales del mismo (la coordinación; la financiación).

La razón de esa falta de definición del modelo final de la que adolece la Ley mencionada, hasta hoy nuestra principal norma sanitaria, a la que no se puede negar que introdujo novedades sustanciales en el funcionamiento del sistema sanitario español ³, está en relación directa con la distribución de competencias sanitarias efectuada en la Constitución. Con arreglo a la misma, en el momento de la aprobación de la Ley sólo un número restringido de CCAA ⁴ podía acceder a la gestión de los servicios sanitarios asistenciales ⁵. Las previsiones legales en aspectos sustantivos de la organización sanitaria, como la

ánimo de lucro, o las dependientes de las Corporaciones locales, que actuaban en régimen de concierto con los servicios sanitarios de la Seguridad Social.

² Así, por ejemplo, para la constitución de hospitales como entidades autónomas se han computado numerosas formas distintas en nuestro país en el momento actual. Entre ellas: fundaciones, fundaciones sanitarias, consorcios, organismos autónomos, cooperativas de profesionales, entes públicos sometidos al Derecho privado, centros públicos construidos y gestionados por sociedades privadas. Cada una de ellas tiene un diferente ámbito de implantación territorial.

³ Entre ellas, la universalización del derecho a la cobertura sanitaria a todos los ciudadanos, la unificación funcional de todas las redes públicas asistenciales alrededor del sistema sanitario de la Seguridad Social, y el diseño del Sistema nacional de salud como la suma de los servicios de salud de todas las CCAA. Otro problema distinto es cómo se desarrollaron luego esas previsiones legales.

⁴ Las denominadas «históricas» y las que con posterioridad se homologaron a ellas (Andalucía, que, pese a algunos incumplimientos formales que provocaron un importante conflicto institucional, accedió a la autonomía por la vía prevista en el art. 151 de la Constitución; y Canarias y la Comunidad Valenciana, que modificaron sus Estatutos respectivos, ampliando sus competencias). En total, siete de diecisiete CCAA, aunque las mismas reúnen a alrededor del 60 por 100 de la población española.

⁵ Las competencias en el campo de la «Salud Pública», incluida la planificación sanitaria, son motivo de una distribución competencial diferente; la separación entre unas y otras com-

financiación, se refieren al período de tiempo en el que se daba esa asimetría competencial. El diseño de los elementos de coordinación del sistema sanitario es también propio de esa situación transitoria. Por el contrario, la Ley no previó los sistemas financieros ni de coordinación que sería necesario implantar en el momento en que, en aplicación de mecanismos también previstos constitucionalmente (la ampliación de competencias por las restantes CCAA a partir de los cinco años de la aprobación de cada Estatuto de Autonomía; o la delegación de competencias propias de la Administración central), las restantes CCAA accedieran también a esa responsabilidad.

La situación actual se caracteriza porque las diez CCAA «de régimen común» han aplicado ya las previsiones constitucionales y, una vez modificados sus Estatutos respectivos, han adquirido la capacidad de asumir las competencias de gestión de los servicios sanitarios. Sin embargo, esa situación, que se ha ido produciendo paulatinamente, pero que se completó hace ya más de un año, no ha determinado que el traspaso de los servicios tenga lugar, pese a diversos compromisos políticos para hacerlo. La razón para esa demora no es otra que la falta de horizonte del sistema sanitario en la perspectiva de la descentralización completa de su gestión. Las transferencias sanitarias pendientes determinan, en consecuencia, la necesidad de que se delimite el modelo futuro del sistema sanitario, precisando en el mismo los instrumentos de coordinación a aplicar, si se quiere mantener como un sistema unitario de protección universal, así como su forma de financiación, si se pretende que el mismo mantenga condiciones de equidad territorial y personal. Las propias transferencias sanitarias, y la forma de completarlas, son también una oportunidad para definir un modelo que mantenga las condiciones citadas; aunque, dependiendo de cómo se plantee la culminación del proceso, también pueden producir los efectos contrarios (la ruptura del Sistema en 17 servicios de salud independientes, o la pérdida de las condiciones de equidad). Las consideraciones siguientes van dirigidas a valorar algunas experiencias previas, y ciertos elementos que pueden contribuir al diseño de lo que debe ser la organización de los servicios sanitarios en el marco del Estado autonómico, una vez producida la descentralización completa de la gestión sanitaria.

III. EL MARCO TEÓRICO DE UNOS SERVICIOS SANITARIOS UNIVERSALES DE GESTIÓN DESCENTRALIZADA EN EL CONTEXTO DEL ESTADO AUTONÓMICO

En este apartado se definen cinco rasgos que, aunque de carácter diferente, constituyen condicionantes importantes de lo que debería

petencias sanitarias ha dado lugar a diversos problemas, analizados ampliamente en otras publicaciones.

ser el diseño del futuro modelo sanitario español en las condiciones citadas. Son los siguientes:

1. Un modelo inédito y con escasas referencias

La coincidencia en un mismo país de unos servicios sanitarios del tipo de los Servicios Nacionales de Salud (caracterizados por la cobertura universal, la financiación a través de impuestos generales y su provisión fundamental a través de medios propios) y una gestión descentralizada de los mismos en el marco de un Estado federal o cuasi-federal, como es el Estado autonómico, es una situación casi inédita.

En el cuadro I se puede observar que se trata de un caso de carácter casi excepcional entre nuestros países más próximos. De hecho, esa coincidencia sólo se da, con sus peculiaridades propias, en Canadá.

Como consecuencia, salvo las enseñanzas que se puedan extraer de la organización canadiense ⁶, el modelo de organización de los servicios sanitarios españoles en una situación de descentralización política de la responsabilidad como la prevista deberá construirse en gran medida siguiendo criterios propios e innovadores, sin poder acogerse a experiencias previas como garantía de eficiencia y equidad.

CUADRO I

<i>Organización de servicios sanitarios</i>	<i>Organización del Estado</i>		
	<i>Centralizada</i>	<i>Federal</i>	<i>Descentralización local</i>
Servicio Nacional de Salud	Reino Unido	Canadá	Países nórdicos
Sistemas de Seguridad Social	Francia Holanda	Alemania Bélgica	
Seguros sociales limitados y cobertura privada		EEUU	

⁶ Y esto con sus limitaciones, pues Canadá siguió a partir de 1970 un proceso de «federalización» de las competencias sanitarias, constituyendo unos servicios de protección universal por iniciativa del gobierno federal, que aportó el 50 por 100 de los fondos a partir de entonces; hasta esa fecha las competencias sanitarias eran de las provincias canadienses, equivalentes a nuestras CCAA. El proceso fue, por tanto, de sentido contrario al seguido en España, donde lo que se produjo fue la descentralización de unos servicios casi universales, que previamente eran de responsabilidad central.

A su vez, las experiencias de otros países en los que se da sólo una de las dos condiciones descritas (la existencia de un Servicio Nacional de Salud, de los que el más típico era el británico; o la organización federal del Estado, pero con servicios sanitarios de otro carácter, sea de la Seguridad Social, con protección vinculada a la condición de trabajador, financiación por cuotas sociales y provisión con medios concertados, ajenos a la propia Seguridad Social, o de cobertura privada) sólo resultan parcialmente trasladables al ámbito español en la actualidad.

2. Un modelo inespecífico en el contexto de una descentralización general

La organización autonómica del Estado y la distribución de competencias a las CCAA son procesos de naturaleza política general que han afectado a todos los aspectos de la vida colectiva de nuestro país. Sin embargo, la condición general de estos procesos ha provocado que en su desarrollo no se hayan tenido prácticamente en cuenta las peculiaridades y características específicas de los diferentes sectores a los que se ha aplicado el proceso de descentralización. En el diseño constitucional de éste (la forma de distribución de las competencias, con escasas variantes; los instrumentos de coordinación; las formas de financiación de las competencias descentralizadas) lo dominante fue

CUADRO II

	<i>Sector primario y secundario</i>	<i>Educación Servicios sociales</i>	<i>Política exterior Defensa Justicia</i>	<i>Sanidad</i>
1. Naturaleza	Sectores productivos	Servicios públicos	Servicios públicos	Servicios públicos
2. Mecanismos de compensación	Inversión en infraestructuras	Inversión en infraestructuras	No	¿Equidad en acceso?
3. Competencia	Adecuada	No existe	No existe	Inadecuada
4. Población afectada	Regional	Regional	Estado	Regional Desplazados
5. Incremento de gasto	Previsible	Previsible	Previsible	Difícil de prever y controlar
6. Vinculación con cultura específica	No	Sí	No	No

el desarrollo de un «molde» que se pudiera aplicar a cualquier ámbito de gestión y responsabilidad.

Sin embargo, ese molde, una vez diseñado, se aplicó a sectores muy diversos. En el cuadro II se describen algunas características de diferentes sectores a los que se aplicó (salvo a la Política Exterior, la Defensa y la Justicia, como servicios no descentralizables, y aun a esta última parcialmente) el mismo molde general descentralizador.

De una variedad tan amplia y diversa de responsabilidades a transferir a las entidades regionales no es difícil deducir que deberían seguirse formas de organización diferentes en el contexto del Estado autonómico. Y, de manera más explícita, que sería adecuado demandar una forma de organización de los servicios sanitarios descentralizados que se ajustara a sus características específicas. Por el contrario, la observación más inmediata de la realidad permite constatar que lo que ha predominado y gravita sobre los servicios sanitarios es una distribución básicamente uniforme (diseñada en el modelo constitucional) de la responsabilidad.

3. Los servicios sanitarios, instrumentos inadecuados de identificación regional

La naturaleza política general dominante del proceso de descentralización que ha tenido lugar con la constitución del Estado autonómico ha llevado a que la atribución de competencias a las CCAA haya tenido un objetivo principal, consistente en reforzar y resaltar el poder de las entidades autonómicas responsables del ejercicio de esas competencias en cada ámbito territorial. Pero la subordinación de los distintos servicios y competencias transferidos a ese objetivo principal supone que todos ellos, incluidos los servicios sanitarios, pasan a desempeñar un papel fundamentalmente inespecífico y general, al servicio de la identidad regional.

En el caso de los servicios sanitarios, con la atribución de la competencia en este campo se han producido dos efectos diferentes, que confluyen en reforzar el poder y la imagen de cada entidad regional. El primero de ellos es de carácter económico: no en vano los presupuestos sanitarios suponen entre el 30 y el 40 por 100 de la totalidad de los presupuestos de cada Comunidad Autónoma a la que se realiza el traspaso de esta competencia en el ámbito asistencial. Aunque se trata de un gasto comprometido ampliamente, y aunque las haciendas autonómicas están poniendo cada vez más en cuestión la gestión sanitaria por sus importantes posibilidades de desviación presupuestaria, la gestión de estos presupuestos proporciona unas capacidades (en disponibilidad financiera; en contratación y gestión de personal; en relación con las empresas proveedoras) que contribuyen de manera impor-

tante al reforzamiento del poder por parte de cada Administración autonómica en su ámbito territorial.

El segundo efecto tiene que ver con la consideración de que los servicios sanitarios son servicios muy valorados por la población, por lo que la entidad que aparezca como responsable de los mismos reforzará su imagen ante aquella.

Algunos datos disponibles (a partir de encuestas de población) ponen en cuestión este efecto, y sugieren que el grado de conocimiento por parte de los ciudadanos de quién es el responsable de los servicios sanitarios, incluso en el caso de las CCAA con transferencias «completas» (es decir, incluyendo las del INSALUD) es escaso.

Pero la puesta en cuestión de este efecto tiene otra base más sólida: los servicios sanitarios españoles, con la cobertura y amplitud con que se prestan en la actualidad, no hubieran sido posibles a partir de las aportaciones de las poblaciones residentes en muchos de sus territorios respectivos, gestionadas por sus administraciones correspondientes. Por el contrario, su constitución como servicios universales sólo ha sido posible a partir de formas de contribución solidarias, que han permitido un grado suficiente de acumulación de capital, que hace posible su redistribución. Y lo que afecta a su constitución original afecta de la misma manera a su mantenimiento: diferentes CCAA no reúnen población o recursos suficientes para mantener sus servicios sanitarios con las aportaciones (fiscales o contributivas, y menos aún si se tratase de aportaciones privadas) que serían posibles de obtener de sus poblaciones respectivas.

Esa naturaleza «federal» o similar de la constitución de los servicios sanitarios no es peculiar de nuestro país: se ha descrito previamente cómo Canadá, un país comparable al nuestro por las razones que se han apuntado, constituyó también sus servicios sanitarios universales a partir de la iniciativa y con la contribución federal. Pero, como consecuencia, los servicios sanitarios en aquel país no constituyen un instrumento de identificación provincial o regional, sino que, por el contrario, desempeñan un papel de identificación e integración con la federación canadiense: de hecho, el sostenimiento de unos servicios sanitarios universales diferenciados del modelo estadounidense tan próximo es una de las razones que los nacionalistas quebequeses aceptan como justificación para mantenerse unidos al resto del Canadá (la separación pondría en peligro el mantenimiento de unos servicios de esas características, que serían absorbidos por la potencia económica y la proximidad de la sanidad norteamericana, de características opuestas a las canadienses en cuanto a protección solidaria). La concertación de los servicios sanitarios entre todos los territorios de ese país supone también asegurar la movilidad (no sólo sanitaria, sino personal y labo-

ral) precisa para preservar el territorio del propio país como un territorio económico abierto ⁷.

Estas razones deberían llevar a considerar el papel que pueden desempeñar los servicios sanitarios como instrumentos de identificación estatal o federal, en vez de ser considerados como unos contribuyentes añadidos a la identidad regional (o «nacional» de algunas CCAA). Según este criterio, no hay elementos que justifiquen diferencias entre los servicios sanitarios de unos y otros territorios autonómicos, mientras que, por el contrario, su valor añadido principal es su carácter universal, que exige una integración semejante a la federal.

4. La financiación sanitaria ¿condicionante de la organización territorial?

En el apartado anterior se ha citado que diversas Comunidades Autónomas carecen de población y recursos suficientes para atender con ellos a sus propias poblaciones, lo que supone un motivo para promover que la organización y la financiación sanitarias tengan un carácter solidario entre aquéllas si se quiere que los servicios sanitarios mantengan su condición de protección universal.

La argumentación que se aduce ahora no tiene que ver con la financiación sanitaria de cada Comunidad Autónoma por separado, sino con el conjunto de la financiación sanitaria (el dirigido al ámbito asistencial, que es independiente en su origen del destinado a las funciones de «Salud Pública»).

El volumen de esta financiación supera en el momento actual los cuatro billones y medio de pesetas; se trata además de un volumen creciente, aunque a lo largo de la última década se haya reducido moderadamente su ritmo de crecimiento anual. Esa cuantía es algo menor que la suma de la financiación anual del resto de las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas, incluida la Educación; en todo caso, la suma de los costes citados supera con creces los recursos que podrían obtenerse de todos los impuestos que, como tributos propios o en forma de participación en los del Estado, está previsto ceder a las Comunidades Autónomas ⁸.

⁷ Lo que es importante resaltar ante las CCAA que sí disponen de población y recursos suficientes como para mantener con sus propios medios la atención sanitaria de su propia población: difícilmente resultaría aceptable para ésta que cada CA garantizase la asistencia sólo en el ámbito de su propio territorio, en especial cuando se parte de la situación contraria.

⁸ En 1997, el presupuesto de gasto de las CCAA (sin incluir la Sanidad ni la Educación no universitaria de las diez CCAA de régimen común, que todavía no habían recibido esos trasposos) fue de 9.579.548 millones de pesetas. Los ingresos propios de las CCAA forales (incluyendo las Diputaciones) fueron de 2.200.689 millones, y los de las CCAA de régimen común

Es importante resaltar, además, que la cesta de impuestos traspasados o a traspasar a las Comunidades Autónomas en el Estado autonómico español es homologable a la que se produce en otros Estados federales, por lo que lo que se pone en cuestión no es el rendimiento de los impuestos, sino el ámbito de competencias y las modalidades de descentralización adoptadas, aunque éstos no resulten modificables por razones de carácter político general.

En esas condiciones, traspasar el conjunto de la financiación sanitaria a las Comunidades Autónomas supondría colocar al Estado como socio minoritario de sus propios impuestos, opción poco razonable, y no acorde con el papel que a la parte central del Estado le corresponde en cualquier organización federal o de carácter similar. La alternativa, por el contrario, supone aceptar que la financiación sanitaria deberá mantener en el futuro una parte sustancial dependiente de la distribución de fondos obtenidos de impuestos centrales.

Sin embargo, de este planteamiento deberían derivarse algunas consecuencias en el ámbito organizativo:

— En primer lugar, que el grado de autonomía en el manejo de los fondos sanitarios debería ser proporcional al grado de responsabilidad en su obtención, y que, en consecuencia, deberían existir mecanismos de control financiero de su utilización por parte de la Administración central.

— Por otra parte, esa primera consecuencia está en relación con el establecimiento del incentivo a la eficiencia más común propuesto en los sistemas descentralizados, que no es otro que la corresponsabilidad fiscal, es decir, la responsabilización de las Administraciones correspondientes en la obtención de los fondos que se van a gastar. La imposibilidad de aplicar hasta sus últimas consecuencias este criterio para la financiación sanitaria, por las razones fiscales que se han apuntado, obligaría a establecer otros incentivos a la eficiencia en el manejo de los fondos sanitarios.

De entre ellos, el más razonable, y existente en otros países descentralizados, en particular en Canadá⁹, sería el mantenimiento de un sistema fiable de información sanitaria y económico-sanitaria, que

(incluyendo el 30 por 100 del IRPF, excepto para Andalucía, Castilla-La Mancha y Extremadura) de 1.571.022 millones, de ellos 987.890 de tributos cedidos. El amplio margen entre una y otra cifra, aunque imposible de deducir directamente (se trata de cifras del presupuesto inicial en el primer caso, obtenidas del Informe Económico-Financiero de las Administraciones Territoriales en 1997, publicado por el MAP, y de datos de recaudación de la Memoria de la Administración Tributaria de 1997, del Ministerio de Economía y Hacienda, en el segundo) es altamente expresivo del margen de diferencia entre las cifras de gasto y lo que se puede recaudar a partir de impuestos de ámbito regional.

⁹ En Canadá, la creación del Instituto Canadiense de Información Sanitaria (Canadian Institute for Health Information) tuvo lugar en 1994, como organización nacional, independiente y sin ánimo de lucro, por acuerdo del Ministro federal y los Ministros de Sanidad de las provincias

en nuestro caso está lejos de alcanzarse. Sin él, el manejo de los fondos por las CCAA no permite deslindar qué parte de los déficits presupuestarios, que tan comunes han venido siendo en nuestro sistema sanitario, son atribuibles a una escasez real de la financiación sanitaria, y cuál es achacable a la gestión realizada por cada Administración responsable de los servicios correspondientes en cada ámbito territorial.

— El desarrollo de esas funciones permitiría a la Administración central concentrarse en las funciones de mantenimiento de la equidad y la garantía de la protección sanitaria universal (utilizando para ello algunos instrumentos de financiación condicionada de una parte de los fondos a transferir a las CCAA), que parecen los más acordes con el papel que corresponde a los gobiernos centrales en la gestión de servicios universales en el ámbito de países con descentralización política de la responsabilidad.

5. Las economías de escala en los servicios sanitarios, como mecanismo de eficiencia y condicionantes de la organización territorial de la sanidad

En los apartados anteriores se han abordado distintos enfoques políticos y financieros que sugieren la idea de un funcionamiento solidario y con una determinada participación central en la organización y financiación de los servicios sanitarios en el marco de nuestro Estado autonómico, en el que debe combinarse esa participación con la descentralización política de la responsabilidad de la gestión sanitaria.

A esas razones de carácter general se unen otras basadas en la propia naturaleza de los servicios sanitarios, que apuntan en el mismo sentido:

— La conveniencia de establecer economías de escala entre los diferentes servicios autonómicos, tanto en la definición de las prestaciones como en los sistemas de compra si no se quiere incurrir en ineficiencias y costes innecesarios, que pueden poner en cuestión la financiación global del sistema y, con ello, su mantenimiento como prestación universal.

— La misma conveniencia de establecer mecanismos que, por encima de otros aspectos que contribuyen a resaltar la peculiaridad territorial, como la lengua o el favorecimiento de la mano de obra del territorio propio, faciliten la movilidad y el intercambio del personal

canadienses. Todos ellos suministran al Instituto los datos que sustentan amplias informaciones, que dan pie al seguimiento de las cuestiones más diversas, tanto desde un punto de vista territorial como social y personal.

sanitario entre unos y otros territorios, como garantía de difusión del conocimiento e igualación de los niveles de calidad de la asistencia.

— El establecimiento de formas de organización y de incentivos para el funcionamiento eficiente de los centros que eviten que éstos pongan en marcha mecanismos (como la selección adversa de pacientes y de riesgos) que entran en contradicción y pueden poner en peligro la protección universal, tanto desde un punto de vista personal como territorial.

La orientación de los servicios sanitarios españoles en sentido contrario al indicado podría demostrarse mediante numerosos ejemplos de cada uno de los ámbitos que se han señalado. Podría también demostrarse el papel con el que la descentralización territorial de los servicios sanitarios en España ha contribuido a esa orientación, poniendo en peligro nuestro sistema sanitario como sistema de protección universal¹⁰. El sostenimiento de ésta, tanto desde el punto de vista financiero como de la cobertura sanitaria, requiere la mejora de los rendimientos a escala de los niveles de organización señalados.

IV. ALGUNAS CONDICIONES DE DESARROLLO FUTURO DEL SISTEMA SANITARIO ESPAÑOL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL

Las sugerencias que se formulan en este apartado se basan en las consideraciones realizadas previamente, lo que permite evitar explicaciones más amplias sobre las razones que los justifican así como, en ciertos casos, una pormenorización mayor de las propuestas, si se ha aludido a ellas con anterioridad. De manera resumida esas propuestas deberían ir en el sentido siguiente:

1. Especificidad de la organización sanitaria como servicio de cobertura universal y gestión descentralizada

Dejando aparte las razones que justifican la demanda de una forma de organización peculiar para los servicios sanitarios, por sus características propias, en el contexto de nuestro Estado autonómico, la demanda de ese desarrollo específico se podría concretar en dos áreas principales: los instrumentos de coordinación a utilizar en esta área, y el sistema de financiación, que, por las razones que se han apuntado,

¹⁰ Algunos ejemplos de rechazo de pacientes procedentes de otros territorios por CCAA que tienen asumida la gestión del INSALUD han saltado incluso desde la literatura específica al ámbito de la más general. Ver, por ejemplo, E. AJA, *El Estado autonómico. Federalismo y hechos diferenciales*, Madrid, Alianza Editorial, 1999, p. 196.

requiere del mantenimiento de una situación peculiar de responsabilidad compartida entre las Administraciones autonómicas y la central.

2. Una organización sanitaria basada en la cooperación y la coordinación entre las CCAA, mas allá del marco competencial

La aplicación de los criterios generales de distribución de la responsabilidad en el ámbito sanitario ha resultado en una situación que suscita numerosos problemas de coordinación y cooperación entre las CCAA, y entre éstas y la Administración central. Pese a ello, la situación de distribución de competencias en Sanidad no resulta reversible, pues está enraizada en un proceso más general de organización del Estado, cuyos beneficios globales no se pueden poner en cuestión.

Sin embargo, una vez finalizado el proceso de traspaso de la responsabilidad de la gestión sanitaria a todas las CCAA, la insuficiencia de las formas de cooperación y coordinación previstas haría precisa la búsqueda y el acuerdo de nuevas formas de cooperación, aún no previstas en el texto constitucional, cuya fuerza debe basarse en el compromiso libremente asumido (a través de convenios, como fórmula jurídica más apropiada) por las CCAA en el ejercicio de su propia responsabilidad (aunque también debe basarse en la delimitación del papel correspondiente a las diferentes Administraciones: si la «gestión» de los servicios es responsabilidad autonómica, la garantía de la cobertura sanitaria de estos servicios, de carácter universal, y con ello los censos de población protegida, o el ámbito de la cobertura, deben mantenerse claramente como una responsabilidad central).

Entre las cuestiones que podrían suscitarse en este sentido cabe mencionar la constitución del Senado como cámara territorial, y la atribución a éste del papel principal del seguimiento de los servicios sanitarios, dado que su gestión corresponde a las CCAA; en relación con ello, el establecimiento de una relación específica de dependencia del Senado para el Consejo Interterritorial, como órgano técnico (cuya incapacidad para constituirse como órgano de debate político ha quedado demostrada a lo largo de sus años de existencia) encargado de desarrollar las políticas acordadas en el ámbito de un Senado territorial; la creación de Institutos u otras formas organizativas, con la participación autonómica en su gestión, para desarrollar determinadas tareas de cooperación (información sanitaria; prestaciones; formación, y otras necesarias para el funcionamiento coordinado del Sistema; las limitaciones de las formas puestas en marcha hasta ahora han sido evidentes).

3. Simetría en el papel representado por las Administraciones autonómicas

Transcurridos los plazos previstos en la Constitución por los que la diferencia en competencias sanitarias se puso en relación con el carácter «histórico» o «de primer nivel» de las CCAA, y una vez alcanzada la igualdad en las competencias sanitarias, que no debe demorarse, no deben reproducirse esas diferencias, que carecen de justificación desde el punto de vista de la organización sanitaria, y hacen ésta aún más difícil y compleja.

De cara a aspectos sustantivos de la organización sanitaria, como la coordinación y la financiación, la capacidad de debate y compromiso por parte de todas las CCAA debe ser igual.

4. Reserva de determinados papeles (garantía de protección universal y equidad) a la Administración central

Ya se ha argumentado que éste es el papel correspondiente a la Administración «federal» en los Estados de ese carácter. Se trata también del papel que en nuestro propio país se ha demandado para los servicios centrales en otros ámbitos de descentralización política de la responsabilidad.

El desarrollo concreto de estas cuestiones excede las posibilidades de este texto, y queda abierto para el debate posterior.

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN EN LA SANIDAD ESPAÑOLA (LA PERSPECTIVA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD)

Javier SÁNCHEZ-CARO

Subdirector General de la Asesoría Jurídica
del Instituto Nacional de la Salud

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. EL MARCO JURÍDICO PREEXISTENTE.—III. LA PROLIFERACIÓN DE ENTES EN LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL.—IV. LÍMITES A LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—V. ANÁLISIS DE LA RELACIÓN DE INSTRUMENTALIDAD.—VI. LAS FORMAS DE GESTIÓN EN LAS NUEVAS LEYES.—VII. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS FORMAS DE GESTIÓN Y EL ESTATUTO DEL SERVICIO.—VIII. BREVE ANÁLISIS DE LA LEY 15/1997, SOBRE HABILITACIÓN DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.—IX. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN, DOTADAS DE PERSONALIDAD JURÍDICA.—X. REFERENCIA A LOS CONVENIOS Y CONCIERTOS COMO FORMAS DE GESTIÓN INDIRECTA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.—XI. EL REAL DECRETO 29/2000, DE 14 DE ENERO, SOBRE NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD: DISPOSICIONES GENERALES.—XII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS DEL REGLAMENTO SOBRE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN.—XIII. EL REGLAMENTO Y LA APLICACIÓN DE NORMAS RELATIVAS AL SERVICIO PÚBLICO SANITARIO.—XIV. EL REGLAMENTO Y LAS ESPECIALIDADES EN EL ÁMBITO DE ATENCIÓN PRIMARIA.—XV. EL REGLAMENTO Y LA CONVERSIÓN DE LOS ACTUALES CENTROS SANITARIOS.—XVI. EL REGLAMENTO Y LAS ENTIDADES

CONSTITUIDAS AL AMPARO DEL REAL DECRETO-LEY 10/1996, DE 17 DE JUNIO.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL ¹

La cuestión planteada por las nuevas formas de gestión debe situarse dentro de lo que el mundo del Derecho administrativo conoce como «la huida del Derecho administrativo» o utilización del Derecho privado por entes que cumplen funciones administrativas y que, en el momento actual, tiene ya un importante desarrollo legislativo ². Tal posibilidad ha suscitado vivísimas polémicas en el campo de la sanidad,

¹ El presente artículo tiene su origen en el publicado en 1997 (*Revista de Administración Sanitaria*, enero-marzo 1997) bajo el título «Nuevas formas de gestión: las razones de una ley», que ahora se amplía y completa, de acuerdo con lo dispuesto por las leyes posteriores.

² Las referencias se entienden hechas al Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud (*BOE*, núm. 147, de 18 de junio de 1996, corrección de errores en el *BOE* núm. 149, del jueves 20 de junio de 1996), que posteriormente se tramitó en el Parlamento como una ley ordinaria. La citada ley ordinaria es la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud (*Boletines Oficiales*, respectivamente, núms. 100, del sábado 26 de abril de 1997, y 313, del jueves 31 de diciembre de 1998), debiéndose añadir el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, y el Reglamento sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud (Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, que desarrolla las leyes citadas en el ámbito correspondiente).

El Real Decreto-ley mencionado dispone lo siguiente:

«En el ámbito del Sistema Nacional de Salud la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente, o indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer, además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas y fórmulas de gestión integrada o compartida.»

Disposición Derogatoria única. *Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo previsto en el presente Decreto-ley.*

Disposición Final única. I. *Se faculta al Gobierno para adoptar las medidas necesarias para la creación y regulación del régimen de las entidades que en aplicación de lo dispuesto en este Decreto-ley se constituyan.»*

El artículo único de la Ley 15/1997 dispone lo siguiente:

«1. En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.»

En el marco de lo establecido por las leyes, corresponderá al Gobierno, mediante Real Decreto, y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas —en los ámbitos de sus respectivas competencias—, determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados.

2. La prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas y privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad.

Disposición derogatoria única. *Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a lo previsto en la presente Ley.*

Disposición Final única. *La presente Ley entrará en vigor el mismo día de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.»*

Por último, el art. 111 de la Ley 50/1998 dice lo que sigue:

«Fundaciones Públicas Sanitarias:

1. *De acuerdo con lo establecido en la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrán crearse cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho y, entre ellas, las Fundaciones Públicas Sanitarias, que se regulan por las disposiciones contenidas en el presente artículo, por lo que se refiere al ámbito del Instituto Nacional de la Salud, y por la normativa específica de cada Comunidad Autónoma, en lo referente a las Fundaciones Públicas Sanitarias que se puedan crear en sus respectivos ámbitos territoriales.*

2. *Las Fundaciones Públicas Sanitarias son organismos públicos, adscritos al Instituto Nacional de la Salud, que se regirán por las disposiciones contenidas en este artículo.*

3. *La constitución, modificación y extinción de las Fundaciones Públicas Sanitarias, así como sus correspondientes estatutos, serán aprobados por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. Al proyecto de acuerdo se acompañará el plan inicial de actuación al que se refiere el apartado siguiente.*

4. *El plan inicial de actuación de las Fundaciones Públicas Sanitarias será aprobado por la Presidencia Ejecutiva del INSALUD, e incluirá los siguientes extremos:*

a) *Los objetivos que la entidad deba alcanzar.*

b) *Los recursos humanos, financieros y materiales precisos para su funcionamiento.*

5. *El personal al servicio de las Fundaciones Públicas Sanitarias, con carácter general, se regirá por las normas de carácter estatutario, relativas al personal de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social.*

Asimismo, podrá incorporarse personal que ostente vinculación de carácter funcionarial o laboral, al que le será de aplicación su propia normativa.

6. *El personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, podrá contratarse conforme al régimen laboral de alta dirección, previsto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Si la designación recae en quien ostente vinculación como personal estatutario fijo o funcionario de carrera, podrá efectuarse nombramiento a través del sistema de libre designación.*

7. *El régimen de contratación respetará, en todo caso, los principios de publicidad y libre concurrencia, y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de contratos de las Administraciones públicas.*

8. *Las Fundaciones Públicas Sanitarias dispondrán de su propio patrimonio y podrán tener bienes adscritos por la Administración General del Estado o por la Tesorería General de la Seguridad Social.*

Por lo que respecta a los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social que se les adscriban, serán objeto de administración ordinaria por las Fundaciones Públicas Sanitarias, a cuyos efectos se les atribuyen los mismos derechos y obligaciones que a las Entidades gestoras de la Seguridad Social.

En lo que respecta a su propio patrimonio podrán adquirir a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar bienes y derechos de cualquier clase, que quedarán afectados al cumplimiento de sus fines. Las adquisiciones de bienes inmuebles, así como las enajenaciones de bienes inmuebles propios, requerirán el previo informe favorable de la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud.

9. *Los recursos económicos de las Fundaciones Públicas Sanitarias podrán provenir de cualesquiera de las fuentes previstas en el art. 65.1 de la Ley 6/1997, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.*

10. *El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y control financiero, será el establecido en la Ley General Presupuestaria para las entidades públicas empresariales.*

11. *Las Fundaciones Públicas Sanitarias se regirán en lo no previsto en el presente artículo por lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la Ley 6/1997, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.»*

aunque no sea más que una manifestación de un fenómeno mucho más general³.

El punto de arranque ha de situarse en el llamado "Informe Abril"⁴. Entre sus conclusiones, por lo que ahora nos interesa, merecen destacarse las siguientes:

«I. Por sus estructuras de gestión, organización funcional y financiación el Sistema Nacional de Salud está orientado básicamente al cumplimiento de los procedimientos formales de la función pública, antes que al logro de altos resultados mediante el empleo óptimo de recursos humanos y materiales de gran cualificación.

Globalmente, los instrumentos de gestión y financiación son los que peor se han adaptado a las nuevas necesidades de los servicios sanitarios modernos. La situación práctica de monopolio estatal en la financiación y provisión de los servicios, la política inestable y restrictiva seguida con el sector privado y la utilización de instrumentos de gestión admi-

³ Vid. al respecto los siguientes trabajos: «Las nuevas formas de gestión públicas en la sanidad. Notas sobre el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión en el Insalud», de Jesús R. MERCADER UGUINA, en la revista *Relaciones Laborales*, núm. 20, octubre de 1996; *La responsabilidad de las Administraciones sanitarias: Fundamento y límites*, de Francisco José VILLAR ROJAS, Praxis, S. A., 1996, pp. 84 ss.; también de este autor «La huida al Derecho privado en la gestión de los servicios de salud», en *Derecho y Salud*, vol. 2, núm. 2, julio-diciembre 1994; por último, en estos trabajos citados se contiene amplísima bibliografía sobre la materia que ahora se aborda. Más recientemente puede mencionarse el artículo de Ángel MENÉNDEZ REXACH, «Las nuevas formas de gestión sanitarias ante el Derecho administrativo», en los *Anales del IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, y editado por la Fundación MAPFRE Medicina, Madrid, 1998, pp. 243 ss. También otros autores: F. A. FERRÁNDIZ MANJAVACAS, «Las fundaciones como nuevas formas de gestión eficiente»; Alberto NÚÑEZ FEIJOO, «Nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud», y J. M. FREIRE, «Fundaciones sanitarias públicas, comentarios y propuestas alternativas», todos ellos en la *Revista de Administración Sanitaria*, núm. 9, Madrid, 1999. Con carácter monográfico, puede citarse el libro *La gestión del cambio en los servicios sanitarios*, Granada, Escuela Andaluza de Salud Pública, 1997; Santiago MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, I, *Los fundamentos*, Madrid, Civitas, 1998. También en *La formación y la crisis de los servicios sanitarios públicos*, Madrid, Alianza, 1995. Juan PEMÁN GAVÍN, «Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad ¿desarrollo o reforma?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97, enero-marzo 1998; José Luis PIÑAR MAÑAS, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97, enero-marzo 1998; INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD, *Plan estratégico. El Libro Azul*, Madrid, 1998; Marcos VAQUER CABALLERÍA, *Fundaciones Públicas y Fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Madrid, 1999 (al final de este libro se contiene una amplia referencia bibliográfica sobre estas cuestiones); José Luis BERMEJO LATRE y Oriol MIR PUIGPELAT, «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 104, octubre-diciembre 1999.

⁴ Nos referimos al informe elaborado por la «Comisión de expertos para el estudio del Sistema Nacional de Salud y las tendencias de su entorno en el momento actual y cara al futuro», que fue creada por iniciativa del Grupo Parlamentario CDS (25 de enero de 1990). Posteriormente, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en ejecución del acuerdo adoptado por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del 13 de febrero de 1990 (*Diario de Sesiones*, núm. 4), con motivo del debate de la Proposición correspondiente, acordó crear la mencionada Comisión, que rindió su informe en julio de 1991.

nistrativos, frente a servicios muy complejos y sensibles, producen las mayores situaciones de ineficiencia.»

Como consecuencia de lo anterior se hace una especial incidencia en la reforma de las estructuras de gestión. En concreto, entresacamos las siguientes:

«La introducción progresiva de la separación entre las competencias de financiación y la “compra” de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión permitiría una diferencia nítida entre los principales actores del sistema y el reconocimiento de sus respectivas responsabilidades, y constituiría un requisito necesario para la mejora de la efectividad y eficiencia del conjunto.»

«En un marco de diferenciación de funciones como el descrito, la Administración Central y los Gobiernos Autónomos serían financiadores principales; las áreas de salud, compradores de servicios; los hospitales, centros de salud, médicos en equipo o, incluso, individualmente y oficinas de farmacia, proveedores; y los usuarios, clientes.»

El fin propuesto es, por tanto, la creación del llamado «mercado interno», que produciría un cierto estímulo competitivo entre las unidades de provisión de servicios y que debería suscitar mejoras en la calidad y el coste de las prestaciones. O, dicho de otra manera, la competencia se entiende que proporcionaría al usuario un mayor margen de elección entre los proveedores. Por otro lado, la crítica a las estructuras existentes es demoledora:

«Por si fuera poco, el Insalud actúa de acuerdo con principios ajustados al Derecho público, absolutamente incapaces de impulsar, en términos jurídicos correctos, el dinamismo y agilidad necesarios para la gestión de la asistencia sanitaria. El Derecho público podría servir eventualmente para las funciones de financiación y “compra”, pero de ninguna manera para adecuarse a la gestión.»

Son muy importantes los cambios propuestos en el régimen jurídico:

«El carácter de servicio público no está determinado por la forma jurídica en que se organiza, sino básicamente por la naturaleza de la función, por el origen público de los recursos que la financia y, en el caso concreto del Sistema Nacional de Salud, por la igualdad de todos los ciudadanos en el acceso a la asistencia... La Comisión entiende que el Sistema Nacional de Salud debe adoptar, por tanto, las formas jurídicas más adecuadas que promuevan dicha responsabilidad, la definan de modo concreto y la cultiven como virtud social.»

Por último, la conclusión que de todo ello se obtiene es clara:

«... Los hospitales y otros centro de servicios sanitarios podrían transformarse en sociedades estatales, que, en su funcionamiento, que-

darían sometidos al Derecho privado. Esta situación haría posible la autonomía responsable de la gestión y la posibilidad y motivación para captar ingresos adicionales, sin perjuicio de controles posteriores de gastos, tanto o más exigentes que los actuales establecidos»⁵.

Son muchos y variados los ejemplos de creación de entidades instrumentales para la gestión de la sanidad que se han apuntado a la utilización del Derecho privado y, en su momento haremos referencia a algunos de ellos.

II. EL MARCO JURÍDICO PREEXISTENTE

1. Planteamiento constitucional

Es un lugar común la afirmación consistente en que el art. 43 de nuestra Constitución (que establece el derecho a la protección de la salud), aunque prejuzga la organización de un servicio público en sentido amplio, no determina necesariamente que su prestación se haya de realizar en régimen de monopolio. Esto es, no prejuzga la forma de la organización de los servicios profesionales que se requieren para hacer efectiva tal asistencia, ni el modelo de relaciones entre los profesionales sanitarios y los usuarios del servicio. Es decir, y sin entrar ahora en la relación que une al art. 43, ya citado, con el art. 41 de la Carta Magna (que establece el régimen público de la Seguridad Social), se puede decir que «el Servicio Nacional de la Salud, público y de gestión oficial, no es una consecuencia ni obligada ni natural del precepto contenido en el art. 43.2 de la Constitución»⁶. Además, a similar conclusión se llegaría si contempláramos el art. 41 de nuestra Constitución, de acuerdo con la doctrina establecida por nuestro Tribunal Constitucional⁷.

⁵ Una de las manifestaciones primeras y más importantes sobre la materia que tratamos fue la expuesta en el Libro Blanco *Working for Patients* (1989) del Reino Unido, en el que ya se establecía la diferenciación de funciones y la constitución de hospitales autónomos (NHS Hospital Trusts). Tal tendencia fue reconocida por la OCDE como la expresión de un nuevo modelo de la gestión pública, dirigido a fomentar una cultura centrada en la mejora de los resultados en un sector público menos centralizado (vid. *La transformación de la gestión pública. Las reformas en los países de la OCDE*, J. M. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, traducción, J. M. CANALES ALLENDE, revisión, Madrid, MAP/BOE, 1997).

⁶ Vid. la reseña al art. 43 de la Constitución de Efrén BORRAJO DACRUZ, en los comentarios a la Constitución española de 1978 dirigidos por Óscar ALZAGA VILLAAMIL, Madrid, Edersa, 1997. Vid. también los comentarios al mismo art. 43, dirigidos por Fernando GARRIDO FALLA, Madrid, Civitas, 1980.

⁷ Tiene dicho el Alto Tribunal que «el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquél» (STC 37/1994, de 10 de febrero).

2. La Ley General de Sanidad⁸

Es la norma central o básica en materia organizativa, con anterioridad a la implantación de las nuevas formas de gestión. La citada Ley General de Sanidad puede considerarse como la opción histórico-política derivada de la Constitución hasta el momento en que irrumpen las nuevas leyes, esto es, la forma en que se entendió desarrollado el art. 43 de nuestra ley máxima. De todas las posibles opciones de nuestra Carta Magna, la Ley recogió una caracterizada, fundamentalmente, por la gestión directa de los servicios de salud llevada a cabo sin entes instrumentales intermedios dotados de personalidad jurídica, sin perjuicio de admitir la vinculación de los hospitales generales de carácter privado mediante convenios singulares y los conciertos para la prestación de los servicios sanitarios con medios ajenos, dándose prioridad a los establecimientos, centros y servicios sin carácter lucrativo⁹.

La condición de norma básica de la Ley General de Sanidad se determinó en su art. 2.º de la siguiente manera:

«1. Esta Ley tendrá la condición de norma básica en el sentido previsto en el art. 149.1.16 de la Constitución y será de aplicación a todo el territorio del Estado, excepto los arts. 31, apartado 1, letras *b*) y *c*), y 57 a 69, que constituirán Derecho supletorio en todas las Comunidades Autónomas que hayan dictado normas aplicables a la materia que en dichos preceptos se regula.

2. Las Comunidades Autónomas podrán dictar normas de desarrollo y complementarias de la presente Ley en el ejercicio de las competencias que les atribuyen los correspondientes Estatutos de Autonomía.»

El art. 31.1, apartados *b*) y *c*), se refiere al desarrollo de funciones de inspección; pruebas, investigaciones, exámenes y tomas de muestras. Por otro lado, los arts. 57 a 69 se refieren a organización, funcionamiento y gestión de las Áreas de Salud. Estos dos bloques normativos, como hemos visto, no tienen la condición de básicos, sino simplemente de supletorios en la medida en que las Comunidades Autónomas no establezcan normas específicas al caso.

La cuestión planteada, en vista de las normas transcritas, consiste en determinar si la Ley General de Sanidad sancionó o no el carácter básico en las formas de gestión. Sobre este particular conviene tener en cuenta que hay artículos considerados básicos (en función de lo dispuesto en el art. 2.º), que pudieran hacer referencia a una particular

⁸ Ley 14/1986, de 25 de abril.

⁹ *Vid.* los artículos siguientes de la Ley General de Sanidad: 44, 50, 66, 67, 90, 93 y 94.

manera de entender la administración y gestión de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, sin perjuicio del principio general que establece la potestad de autoorganización de los servicios. No es de extrañar, por tanto, que desde el punto de vista doctrinal se haya planteado la cuestión fundamental de si en sanidad lo organizativo puede ser un elemento esencial o básico. La defensa de tal posición ha sido formulada por diferentes vías¹⁰. Se ha dicho que es necesario definir un modelo común básico de servicios sanitarios, pues del que se elija depende el contenido del derecho constitucional de protección de la salud, a que se refiere el art. 43.2 de la Constitución Española (posición de MUÑOZ-MACHADO); también se ha argumentado que la organización es garantía de los derechos de los usuarios, afirmando que de nada sirve el reconocimiento legal de derechos si los medios para su atención no funcionan (posición de PEMÁN GABÍN); o que la discusión sobre los medios no es indiferente para los fines, especialmente cuando está en juego un bien primario —individual y colectivo— como la salud. Pues si siempre ha sido así, hoy lo es más aún cuando de los medios empleados pasan a depender en medida ya decisiva, aparte las condiciones de prestación misma del servicio, el alcance y el grado de cobertura de éste, es decir, de la efectividad de los derechos que resultan del programa legal establecido en desarrollo del orden constitucional a los efectos del art. 53.3 CE (criterio de LUCIANO PAREJO)¹¹; por el contrario, se ha afirmado que la satisfacción del derecho a la protección de la salud, con prestaciones de calidad, no depende de forma tan crítica del modo de gestión y que lo sustantivo es delimitar el contenido de cada prestación y fijar los derechos y deberes de cada uno de los sujetos involucrados en la relación prestacional, siendo contingente el modo de prestación que adopte la Administración obligada a satisfacer el derecho (posición de VILLAR ROJAS). En fin, se ha dicho que, si bien el Estado no puede imponer un determinado modelo organizativo a la Comunidades Autónomas (en virtud de la competencia genérica que tienen las mismas para estructurar sus respectivos Servicios de Salud), sí puede y debe velar por la unidad y la coherencia del Sistema, ejercitando las facultades que tiene legalmente atribuidas, sobre todo en el plano normativo (Ángel MENÉNDEZ REXACH).

3. En todo caso, el sistema previsto por la Ley General de Sanidad fue sobrepasado por las normas de las diferentes Comunidades Autónomas

En concreto, un breve recorrido por las mismas pone de relieve dicha afirmación:

¹⁰ Vid. *La responsabilidad de las Administraciones Sanitarias: fundamentos y límites*, de Francisco José VILLAR ROJAS, ya citado.

¹¹ En el prólogo del libro de Marcos VAQUER CABALLERÍA.

— Cataluña ¹².

Para el ejercicio de las funciones de gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos de protección de la salud y de atención sanitaria y sociosanitaria se prevé la posibilidad de la gestión directa, así como el establecimiento de acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas o privadas. Igualmente, se prevé la formación de consorcios de naturaleza pública con entidades públicas o privadas sin afán de lucro, pudiéndose crear o participar en cualesquiera otras entidades admitidas en Derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los servicios o actuaciones.

— Castilla y León ¹³.

La gestión y administración de las actividades, servicios y recursos adscritos al Sistema de Salud de Castilla y León corresponde a la Consejería de Sanidad y Bienestar Social o, en su caso, a la Gerencia Regional de Salud u otras entidades que pudieran constituirse mediante convenios, conciertos u otros acuerdos a suscribir con otras Administraciones o con entidades de Derecho privado.

— La Rioja ¹⁴.

Las funciones del Servicio Riojano de Salud podrán llevarse a cabo a través del oportuno sistema de colaboración, con la participación de las entidades de carácter privado que actúen en el campo de la atención de la salud.

— Asturias ¹⁵.

Los centros hospitalarios y no hospitalarios del sector privado podrán vincularse a la red de utilización pública mediante conciertos, convenios u otras formas de gestión integrada o compartida con el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

— Baleares ¹⁶.

Para el correcto ejercicio de las funciones del Servicio Balear de Salud se prevé la posibilidad de la gestión directa o a través de entes de él dependientes, dotados o no de personalidad jurídica propia, que pueden crearse al efecto bajo fórmulas de Derecho público o de Dere-

¹² Art. 7.2 de la Ley 15/1990, de 9 de julio, de Cataluña, de Ordenación Sanitaria, modificada por la Ley 11/1995, de 29 de septiembre.

¹³ Art. 7.3 de la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Castilla y León, de Ordenación del Sistema Sanitario.

¹⁴ Art. 13.2 de la Ley 4/1991, de 25 de marzo, de La Rioja, de creación del Servicio Riojano de Salud.

¹⁵ Art. 30 de la Ley 1/1992, de 2 de julio, de Asturias, de creación del Servicio de Salud del Principado.

¹⁶ Art. 7.2 de la Ley 4/1992, de 15 de junio, de Baleares, de creación del Servicio Balear de Salud.

cho privado. Además, la gestión puede llevarse a cabo estableciendo acuerdos, convenios y otras fórmulas de gestión integrada o compartida con otras entidades públicas o privadas.

— Murcia ¹⁷.

Como dice la Exposición de Motivos, la Ley supone una nueva estructuración del sistema sanitario de la Región de Murcia, con separación de la autoridad sanitaria y la provisión de servicios. Por otro lado, la Ley responde a la adopción de un nuevo modelo de organización y gestión dotado de unos instrumentos ágiles, con la finalidad de afrontar los retos de la eficacia y la eficiencia que tiene planteado el sistema sanitario público. De acuerdo con ello se prevé la autorización al Servicio Murciano de Salud para la constitución o participación en entidades cuyo objeto social esté relacionado con el cumplimiento de sus fines.

Por otro lado, como instrumentos para el cumplimiento de sus fines, prevé la posibilidad de actuación directa, así como el establecimiento de cuantas fórmulas cooperativas y contractuales existen en Derecho. En fin, el Servicio Murciano de Salud podrá participar o establecer acuerdos con toda clase de entidades jurídicas, públicas o privadas, relacionadas con el cumplimiento de sus fines, rigiéndose por las normas del Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en aquellas materias en que sea de aplicación la Ley de Hacienda de la Región de Murcia (art. 24 de la Ley citada en la llamada 14).

— Canarias ¹⁸.

La Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias podrá celebrar los convenios precisos para articular la colaboración interadministrativa en la ejecución de sus respectivas competencias en materia de sanidad. Por otra parte, para la prestación de las actividades relativas a la asistencia sanitaria y a la gestión y administración de centros, servicios y establecimientos sanitarios se prevé la creación de sociedades para su gestión directa, el establecimiento de acuerdos, convenios, conciertos o fórmulas de gestión integrada o compartida con entidades públicas o privadas. Además, se establece la posibilidad de formar consorcios y de crear o participar en cualquiera otras entidades admitidas en Derecho, cuando así convenga a la gestión y ejecución de los servicios o actuaciones.

¹⁷ Art. 5 de la Ley 4/1994, de 26 de julio, por la que se establecen las normas reguladoras del Servicio de Salud de la Región de Murcia.

¹⁸ Arts. 49 a 51 de la Ley 11/1994, de 26 de julio, sobre Ordenación Sanitaria de Canarias.

III. LA PROLIFERACIÓN DE ENTES EN LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL

El punto de partida consiste en afirmar que se trata de simples instrumentos de actuación en manos de la Administración para la gestión de un servicio que es propio de ella misma. La expresión más clara desde el punto de vista normativo se contiene en el art. 41 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales¹⁹, que incluye entre la gestión directa de los servicios locales la que realizan las Corporaciones Locales por sí mismas, o mediante organismos exclusivamente dependientes de ellas.

Se puede decir, siguiendo a Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ²⁰, que los motores del proceso organizativo singular que concluye en la creación de organizaciones independientes, a las que se dota de una personalidad jurídica, han sido tres:

1. La necesidad de una autonomía de gestión

De una parte, ciertas necesidades de gestión, especialmente cuando se trata de servicios públicos de contenido especializado, y más concretamente los servicios que suponen una gestión económica, servicios que requieren una organización independiente y una gestión técnica separada, según el modelo generalizado por el mundo empresarial. En este sentido ha podido decirse, con acierto, que el fenómeno de la proliferación de Entidades Institucionales ha venido a compensar el aumento constante de las funciones administrativas en el Estado contemporáneo, evitando que este aumento haya ocasionado una congestión paralizante de los órganos comunes de la Administración General.

2. La autonomía financiera

La personificación de un ente supone el reconocimiento formal de su capacidad patrimonial y, por tanto, la imputación directa al mismo de sus ingresos y sus gastos, lo cual implica la posibilidad de una excepción al principio de universalidad de los Presupuestos Generales del Estado, con sus postulados clásicos de un presupuesto, una caja, una cuenta.

¹⁹ Aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955.

²⁰ *Vid. Curso de Derecho Administrativo*, 6.ª ed., Madrid, Civitas, 1993.

3. La autonomía jurídica

Por último, la utilización de la personalidad jurídica con la finalidad de una huida de controles, que comienza en el campo financiero, no concluye aquí y va a extenderse a una verdadera huida generalizada del Derecho administrativo común. Se utiliza para ello la particularidad de que la configuración y regulación de estos entes queda remitida a sus estatutos respectivos, que es la norma heteronoma de que el fundador les dota. En los estatutos se consignarán excepciones al sistema administrativo general o, más simplemente, un principio general de libertad de actuación, presentado como un atributo de la economía y, en cierto modo, por ello, de la personalidad misma.

IV. LÍMITES A LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Puesto que la creación de los entes institucionales es, en muchas ocasiones, una iniciativa del propio legislador, parece inicialmente que cualquier posible límite tendría que ser de rango constitucional. Al respecto, recogemos aquí las siguientes opiniones doctrinales ²¹:

1. Se ha dicho que existe en la Constitución **una reserva de Administración o de Derecho administrativo**, de forma que todo intento de eludir esta reserva a favor de entes creados para someterlos a otro régimen distinto del administrativo sería inconstitucional (Silvia DEL SAZ). En concreto, esta autora establece como límites la legalidad de la Administración, la interdicción de la arbitrariedad, la obligación de promover la igualdad, el régimen de presupuestos públicos y de control del Tribunal de Cuentas y el control de la legalidad y de los fines por los Tribunales Contencioso-Administrativos.

2. Otro autor (BORRAJO), entiende que las personificaciones para actuar en régimen de Derecho privado **pueden justificarse cuando la Administración pretende actuar en el mercado libre y a nivel de los demás empresarios, pero carece, sin embargo, de toda justificación posible en otro caso**, afirmando que ni el legislador, ni menos aún la Administración pueden en cualquier caso dispensar a una organización inequívocamente pública (por su origen, por su actuación, dominada totalmente por la Administración pública matriz, por su financiación, en cuanto que opera con dinero público procedente de ingresos de ese carácter) de las vinculaciones que la Constitución la imponen.

En concreto, se afirma que un poder público tiene expresamente proscrita la actuación arbitraria (art. 9.3 de la Constitución Española),

²¹ Se sigue a los autores citados en la anterior nota.

porque tiene la obligación de promover que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos (del grupo de ofertantes posible de los contratos, por ejemplo) sean reales y efectivas (art. 9.2); porque les vinculan todos los derechos y libertades (art. 53.1); porque están sometidos al Derecho presupuestario (art. 134.2) y a la censura del Tribunal de Cuentas (art. 136); porque manejan fondos públicos, además de ajenos, lo que impide toda equiparación con los empresarios o administradores privados; porque están obligados a la objetividad, a la imparcialidad, a servir los intereses generales (art. 103.1) y porque han de someterse a ciertos principios del procedimiento administrativo (art. 105) y al control judicial de su actuación y de los fines que la justifican (art. 106.1).

3. En fin (GARCÍA DE ENTERRÍA), se afirma que las exigencias enumeradas no tienen por qué imponer en todos los casos la inconstitucionalidad de las leyes que parecen querer dispensar de ellas. No obstante, aboga porque sea el juez contencioso-administrativo el que imponga el cumplimiento de esos deberes constitucionales. Y a tal efecto, entiende que es aplicable aquí la **técnica de los actos separables**. En concreto, la creación, la dirección, las instrucciones o directrices determinantes de la gestión de los entes de la Administración, por más que se revista de forma mercantil o que actúen *ad extra* en régimen jurídico-privado, son siempre, y no pueden dejar de ser, actos administrativos de la Administración última de tutela, que es ya, inequívocamente, una organización pública sometida necesariamente al Derecho administrativo. Por último, añade un último argumento de Derecho positivo: el art. 2.2 de la nueva Ley de procedimiento administrativo, el cual expone que las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones públicas tendrán, asimismo, la consideración de Administración pública, disponiendo luego que sólo se les aplicará la Ley en cuanto ejerzan potestades administrativas.

La previsión vista no incluye, por supuesto, a los entes con forma de personificación de Derecho privado, aunque respecto de ellos siga siendo de aplicación cuanto hemos dicho más atrás.

Con referencia a las Fundaciones en mano pública, se ha dicho también (Marcos VAQUER CABALLERÍA) que la decisión de su creación y las relaciones con la Administración matriz a la que se adscriben son ejercicio de la potestad de organización de las Administraciones públicas y, como tales, ínsitas en la capacidad jurídico-pública de éstas y regida por el Derecho administrativo.

Cabe concluir, a nuestro juicio, que la supremacía jerárquica que nuestra Carta Magna ostenta respecto de las leyes que creen las nuevas formas de gestión, exige un desarrollo instrumental y pormenorizado de los límites que la Constitución impone a las nuevas figuras per-

sonificadas, constituyendo esta cuestión uno de los problemas pendientes y más importantes en este ámbito. Para ello, precisamente, se ha dictado el actual Reglamento del Instituto Nacional de la Salud al que nos referiremos más adelante.

V. ANÁLISIS DE LA RELACIÓN DE INSTRUMENTALIDAD ²²

Se manifiestan en una serie de peculiaridades:

1. El fin o servicio en función del cual el ente institucional se crea es un fin servicio propio del ente matriz, cuya titularidad se mantiene, y en modo alguno se transfiere, tras la creación de la entidad filial, y cuya responsabilidad política de organización y rendimiento siguen siendo propios de dicho ente matriz ²³.

2. No es posible comprender la posición del ente institucional sin ascender, necesariamente, a la de su fundador: entre los dos forman un complejo organizativo unitario.

3. La relación de los entes institucionales con sus entes matrices respectivos puede ser genéricamente calificada de dependencia, para inmediatamente precisar que no se trata de la misma dependencia de jerarquía que liga a los órganos inferiores con los superiores en el seno de un mismo ente. Se puede hablar más certeramente de una relación de dirección, que determina que el control del ente filial por su matriz es completo y constante, no limitado a la integración de capacidad para producir determinados actos (aunque esto también es frecuente), sino referente a la entera actividad del ente, intervenido a estos efectos anticipadamente a su actuación (programas y planes, presupuesto, dotaciones financieras) y posteriormente a dicha actuación (rendición de cuentas, memorias de resultados).

4. No corresponde a los entes institucionales valorar por sí solos la política correspondiente al servicio público que gestionan. Tal servicio sigue siendo un servicio del ente matriz y a éste continúa correspondiendo su estrategia general, su dirección y responsabilidad últimas. En definitiva, el ente filial está puesto por su matriz en una posición de autonomía ejecutiva.

5. En el orden financiero y patrimonial, el ente institucional es normalmente titular de posiciones propias. Pero tales competencias están inmediatamente funcionalizadas en servicio del ente matriz. Por ello, éste, en el orden financiero, domina e interviene la totalidad de la actuación del ente filial, elabora y aprueba sus presupuestos, etc.

²² Se sigue a los autores citados en la anterior nota.

²³ Art. 85 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, ya citado.

6. Finalmente, la extinción o disolución del ente institucional sólo puede ser decidida por el ente matriz.

VI. LAS FORMAS DE GESTIÓN EN LAS NUEVAS LEYES

1. Un poco de historia

Se puede decir que nuestra historia administrativa ha puesto de manifiesto cómo la ruptura del esquema correspondiente al Estado abstencionista obligó a intervenir a los poderes públicos en la sociedad. En tal sentido, después de una primera fase en la que la Administración aparece como prestadora de servicios asistenciales, de una manera residual (por ejemplo, los establecimientos benéfico-asistenciales) aparece otra en la que la misma Administración emerge como titular de servicios de carácter económico, utilizando la conocida fórmula de la concesión, dada la reticencia existente en orden a que desde lo público se convirtiera al Estado en empresario. Como es sabido, la concesión permitió desglosar la titularidad de la misma (siempre en manos de la Administración) de la explotación económica (en manos del contratista interpuesto). Sin embargo, la ruptura, en un momento posterior, adquiere toda su fuerza, en la misma órbita que las municipalizaciones y las nacionalizaciones, configurándose la Administración pública como gestora de empresas económicas, y en definitiva, como titular de empresas públicas. Por último, en el momento actual, quizá se pueda afirmar que la Administración es titular y gestora de una multiplicidad de servicios y empresas, aunque se discuta la mayor o menor importancia de su papel en la sociedad.

De acuerdo con la doctrina²⁴ se puede establecer el siguiente resumen: gestión directa del servicio en concurrencia con actividades privadas paralelas; concesión del servicio para su explotación. por particulares y empresas públicas son, así, las formas típicas de gestión (aunque no exclusivas) de cada una de las etapas que quedan reseñadas. Por último, en el momento presente se observa una ruptura total (por ejemplo, la empresa pública para actividades asistenciales como la sanidad).

2. Las razones del cambio

2.1. *La eficacia*

La eficacia mediante la gestión adecuada. Todas las razones esgrimidas doctrinalmente para justificar las nuevas formas de gestión pri-

²⁴ Vid. Fernando GARRIDO FALLA en su manual correspondiente a la 5.ª ed., Madrid, 1975.

vadas se resuelven, desde el punto de vista jurídico, en un principio: la eficacia. El punto de partida no puede ser otro que la Constitución, la cual lo recoge expresamente del siguiente modo:

«La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho»²⁵.

El principio constitucional mencionado se desarrolla, posteriormente, por la Ley General de Sanidad en los siguientes términos:

«Los servicios sanitarios, así como los administrativos, económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del Sistema de Salud adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad»²⁶.

En la doctrina se ha entendido, de acuerdo con el Tribunal Constitucional (PAREJO ALFONSO), que el contenido del principio de eficacia resulta de la suma de los siguientes elementos: 1. Este principio consagra un bien o interés jurídico de orden constitucional. 2. Tiene un contenido amplio, capaz de permitir diversas opciones legislativas, de forma que su concreción corresponde al legislador ordinario en relación a lo que sea el interés general. 3. Obliga a todas las Administraciones públicas. 4. Por mandamiento constitucional, este principio alcanza a la organización de la Administración, a su funcionamiento y se proyecta sobre todos los servicios públicos en un sentido amplio²⁷. También se ha dicho, tal es la posición de SALA ARQUER, que la contradicción que supone huir del Derecho administrativo, pero mantener una personalidad de Derecho público responde a que ésta es la vía para lograr la máxima flexibilidad y libertad en su funcionamiento. En concreto, la personalidad pública libera de los aspectos más enojosos de la legislación mercantil, como el control de la competencia desleal o la normativa sobre abuso de posición dominante —que quedan obviados porque no es una sociedad anónima—. Por otro lado, al tratarse de personas públicas pueden ostentar potestades administrativas. En cambio, la calificación como empresa pública permite escapar de las leyes generales sobre formación de la voluntad de las Administraciones públicas y, sobre todo, sus mecanismos de control, someterse a normas privadas en materia de contratación, personal y patrimonio, y actuar bajo un régimen presupuestario menos exigente.

²⁵ Art. 103.1.1 de la Constitución Española.

²⁶ Art. 7.º de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

²⁷ *Vid.* «La huida del Derecho privado en la gestión de los servicios de salud», de VILLAR ROJAS, trabajo ya citado.

La Exposición de Motivos del Real Decreto-ley 10/1996, sobre habilitación de nuevas formas de gestión, es suficientemente expresiva de lo que venimos hablando, cuando dice:

«La necesidad de fórmulas organizativas más flexibles, imprescindibles para hacer frente a las exigencias de eficiencia y rentabilidad social de los recursos públicos que las Administraciones sanitarias tienen planteadas, hace preciso establecer un principio de mayor amplitud en las formas jurídicas más adecuadas, que promuevan el sentido de la responsabilidad en el marco de una organización tan compleja como la sanitaria y que contribuya a hacer efectiva la separación progresiva entre las competencias de financiación y compra de servicios sanitarios y las funciones de gestión y provisión. Tales afirmaciones son un punto común en el estudio de esta materia y ya se encuentran en las legislaciones de Comunidades Autónomas con competencias sanitarias transferidas.»

Y más aún:

«En último extremo, conviene destacar que las posibilidades organizativas que se establecen, en virtud de lo dispuesto en el presente Real Decreto-ley, además de ser compatibles, refuerzan el Sistema Nacional de Salud, que tiene su fundamento último en la universalización de la asistencia a través de la financiación pública y en la equidad en el acceso de todos los españoles.»

A lo anterior hay que añadir lo que la Exposición de Motivos de la Ley 15/1997 dispuso en los párrafos 2.º, 5.º y 8.º de su Exposición de Motivos:

«Al objeto de ampliar las formas organizativas de la gestión de los centros sanitarios, el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Insalud, vino a establecer que la administración de los mismos pudiera llevarse a cabo, no sólo directamente, sino indirectamente mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho, así como a través de la constitución de consorcios, fundaciones u otros entes dotados de personalidad jurídica, pudiéndose establecer, además, acuerdos o convenios con personas o entidades públicas o privadas, y fórmulas de gestión integrada o compartida, generalizando las previsiones contenidas en diversas leyes dictadas por las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.»

«Con la presente Ley se procede a dar nueva redacción al artículo único del mencionado Real Decreto-ley, transformado ahora en Ley sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. En esta Ley se establece que la gestión de los centros y servicios sanitarios y sociosanitarios puede llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho; entre otras formas jurídicas, la presente disposición ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, con-

sorcios o fundaciones —en los mismos términos a las ya creadas— u otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.»

«La presente norma, en línea con el espíritu del Real Decreto-ley 10/1996, que viene a sustituir, debe constituir un importante instrumento de flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria, necesidad ineludible de la actual organización pública, con vistas a mejorar la eficacia del Sistema Nacional de Salud, cuya consolidación y modernización es objetivo prioritario de nuestra sociedad.»

2.2. *La seguridad jurídica*

Ya se dijo anteriormente que las nuevas normas modificaron el modelo organizativo establecido por la Ley General de Sanidad, que se caracteriza fundamentalmente por ser un modelo de gestión directa sin personalidades jurídicas intermediarias, matizado por la posibilidad de vincular los hospitales generales de carácter privado mediante convenios singulares y la utilización de conciertos para la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos. También se dijo cómo el articulado de dicha Ley fue sobrepasado ampliamente por las Comunidades Autónomas con competencias transferidas. Pues bien, para evitar cualquier duda, establecer con claridad que la fórmula organizativa debe adecuarse a la realidad cambiante y recoger en las leyes del Estado los criterios adoptados por las Comunidades Autónomas a que antes hemos hecho referencia, se dictaron las normas que venimos comentando sobre las nuevas formas de gestión. Ha de tenerse en cuenta, además, la posición doctrinal y teórica que favorece dicha formulación, basada en la exigencia de promover la autonomía y responsabilidad de los centros sanitarios.

3. Enumeración

3.1. *La gestión directa*

La fórmula enunciada es todavía la predominante en la actualidad. En concreto, la mayor parte de la gestión se lleva a cabo de forma directa, sin entes instrumentales intermedios y sin aplicación de técnicas de gestión privadas. En la historia fue casi la única (no hay que olvidarse de los convenios y conciertos) en el territorio gestionado por el Instituto Nacional de la Salud, hasta el Real Decreto-ley 10/1996, Entidad a la que se atribuyó la función asistencial desde sus orígenes²⁸,

²⁸ En virtud de lo dispuesto en el Real Decreto-ley 36/1978.

y que continúa subsistiendo en la actualidad, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley General de Sanidad ²⁹.

También es la situación predominante en las Comunidades Autónomas con competencia transferida en la materia, referente a la asistencia sanitaria de la Seguridad Social. No obstante, son públicos y notorios los esfuerzos realizados en el campo de la organización con la finalidad de dar entrada a entidades instrumentales sujetas al Derecho privado por la Comunidad catalana, la gallega ³⁰ y la andaluza ³¹, aunque otras Comunidades han dado o están a punto de dar saltos cualitativos importantes en lo que se refiere a la organización (por ejemplo, las Comunidades balear y vasca ³², mediante la transformación de los respectivos Servicios de Salud en ente públicos sujetos al Derecho privado). En definitiva, el cambio organizativo se vincula, en general, con mayores posibilidades de eficacia y eficiencia de los recursos sanitarios, tal y como se pronunció en su día la Comisión de Análisis y Evaluación del Sistema Nacional de Salud. En fin, más adelante nos referiremos a las Fundaciones de la Ley 30/1994 y a las Fundaciones Públicas Sanitarias, organismos públicos, estos últimos, que permiten la transformación de los centros sanitarios existentes, esto es, lo que se conoce como el núcleo duro de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social.

3.2. *Formas concretas de gestión directa*

Las formas concretas de gestión directa se pueden enumerar sobre la base de lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ³³, la legislación de Régimen Local ³⁴, la legislación sobre Fun-

²⁹ Así lo dispone la Disposición Transitoria tercera de dicha Ley, que dice lo siguiente: «Uno. El Instituto Nacional de la Salud continuará subsistiendo y ejerciendo las funciones que tiene atribuidas, en tanto no se haya culminado el proceso de transferencias a las Comunidades Autónomas con competencia en la materia.»

³⁰ En concreto, la Fundación Hospital Verín, la Fundación Centro de Transfusión de Galicia o el Instituto Gallego de Oftalmología. La primera de ellas constituida el 15 de septiembre de 1993, precisamente para la gestión de servicios sanitarios.

³¹ Las Leyes 4/1992, de 30 de diciembre, y 2/1994, de 24 de marzo, creadoras de sendas empresas públicas para gestionar el Hospital de la Costa del Sol y los Servicios de Emergencias Sanitarias.

³² En particular la Ley 8/1997, de 26 de junio, de Ordenación Sanitaria de Euskadi, que trasforma el organismo autónomo administrativo Osakidetza-Servicio Vasco de Salud en un ente público de Derecho privado.

³³ Vid. Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, modificada por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

³⁴ Vid. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (art. 85) y disposiciones de desarrollo (en particular, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril).

daciones³⁵, las normas que regulan las Sociedades Estatales³⁶, y la regulación de las Fundaciones Públicas Sanitarias³⁷.

De acuerdo con lo expuesto, la clasificación de las formas de gestión directa se puede hacer de la forma que sigue:

3.2.1. Gestión directa por la Administración de forma indiferenciada, esto es, sin órgano especial de interposición.

3.2.2. Gestión a través de la propia Administración, pero con un establecimiento interpuesto sin personalidad.

3.2.3. La gestión a través de un servicio público personificado, esto es, a través de un organismo autónomo u otras entidades de Derecho público con personalidad.

3.2.4. Gestión a través de una sociedad cuyo capital pertenezca íntegramente a la entidad. Ésta es la situación actual, que modifica la anterior en la que se consideraba gestión directa la mera participación mayoritaria.

3.2.5. Gestión a través de Fundaciones, a las que se refiere la Ley 30/1994.

3.2.6. Gestión a través de las Fundaciones Públicas Sanitarias a que se refiere el art. 111 de la Ley 50/1998.

En relación con estas formas de gestión directa, hacemos los siguientes comentarios:

1. Es un lugar común la afirmación de que **la creación de un nuevo ente personificado no implica la gestión indirecta del servicio**. Por el contrario, se trata de un fenómeno de gestión directa. La definición de la gestión directa incluye, por tanto, la teoría del riesgo económico, que es inexistente en los casos señalados, ya que refiere inevitablemente al ente fundante. Por otro lado, una demostración evidente de lo que decimos se contiene en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas³⁸, que establece que no son aplicables las disposiciones del contrato de gestión de servicios públicos a aquellos supuestos en que la gestión se efectúa mediante la creación de entidades de Derecho público destinadas a este fin, ni aquellas en que la misma se atribuya a una sociedad de Derecho privado, en cuyo capital es exclusiva la participación de la Administración o de un ente

³⁵ Vid. La Ley 30/1994, de 24 de noviembre, y disposiciones que la desarrollan.

³⁶ Art. 6 del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

³⁷ Vid. art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, además de la Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, que rige con carácter supletorio.

³⁸ Vid. art. 155 de la Ley citada, además de su art. 3, que excluye de su ámbito de aplicación a los convenios de colaboración suscritos por las Administraciones públicas y sus entidades públicas entre sí y los celebrados con personas físicas o jurídicas sujetas al Derecho privado, siempre, en este último caso, que su objeto no esté comprendido en los contratos regulados en dicha Ley o en normas administrativas especiales.

público de la misma. En otras palabras, la Ley en estos casos asume que se trata de una gestión directa. Estamos en presencia de una mera ficción personificadora, obligando a rasgar el velo de la personalidad por entender que se trata de una misma Administración en ambos casos.

2. **La existencia de un establecimiento o empresa propia interpuesta, sin personalidad, es una consecuencia natural y derivada del carácter técnico de la actividad prestadora a la Administración pública.** En concreto, ésta es la situación generalizada en el Sistema Nacional de Salud, ya que existen muchos centros sanitarios y hospitalarios que son gestionados directamente, pero con establecimientos sanitarios diferenciados y con órganos especializados en grado sumo.

3. Las nuevas formas de gestión, tanto las directas como las indirectas, están, en principio, **tasadas**. Esto es, no hay más formas de gestión que las previstas en las leyes. Claro es que por la fuerza innovadora de la ley puede surgir una distinta o diferente de las existente con anterioridad (por ejemplo, éste es el caso de las Fundaciones Públicas Sanitarias).

4. En el caso de las sociedades de titularidad pública, ya hemos dicho que la **gestión directa** se refiere a los casos en que el capital pertenece íntegra a la entidad fundante. Por el contrario, estaremos en presencia de una **gestión indirecta**, con todas las consecuencias en orden a su adjudicación (concurso, etc.), cuando la participación no reúna tal característica ³⁹.

5. Las normas jurídicas por las que se rija la gestión pueden ser de **Derecho público o de Derecho privado**. En este sentido, puede decirse que algunas formas de gestión, directa o indirecta, presuponen la aplicación del Derecho público necesariamente (por ejemplo, el organismo autónomo, en la gestión directa, o la concesión, en la indirecta). En cambio, hay otras formas de gestión que fundamentalmente requieren el régimen jurídico privado (por ejemplo, la Sociedad Mercantil o la Fundación).

6. Dado que lo que llevan a cabo las nuevas formas de gestión se refiere a las prestaciones sanitarias, parece también evidente que **dicha gestión no implica en principio ejercicio de la autoridad de los poderes públicos** y, dicho sea de paso, esto es lo que permite que se acuda a figuras de gestión indirecta, cuya práctica está consolidada en el Sistema (el convenio o concierto, previstos en la Ley General de Sanidad y en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

³⁹ Vid. el trabajo de Ángel MENÉNDEZ REXACH titulado «Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el Derecho administrativo», en *IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Asociación Española de Derecho Sanitario, editado por el Fundación MAPFRE Medicina, pp. 243 ss., ya citado.

3.3. *Pasemos ahora a continuación a la enumeración de las formas de gestión indirecta*

- 3.3.1. La concesión.
- 3.3.2. La gestión interesada.
- 3.3.3. El concierto.
- 3.3.4. El arrendamiento, que sólo está previsto en la Ley de Bases de Régimen Local.
- 3.3.5. La sociedad cuyo capital no pertenezca, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, en exclusiva a la entidad.

Sobre esta enumeración, hacemos a continuación, también, una serie de comentarios:

1. En principio, se puede decir que **la concesión** se refiere a los servicios de carácter económico, por el contrario, los de tipo asistencial parecen requerir la gestión directa. Sin embargo, no puede efectuarse una afirmación apodíctica y, por tanto, la adecuación expuesta ha de entenderse de una manera relativa.

2. Es una característica de la **gestión indirecta**, y también de la gestión mixta, la **utilización de la fórmula contractual**, como puede observarse en la más típica de todas ellas, que es la concesión, y la que más se aplica en el ámbito sanitario, que es el concierto.

3. Como ya hemos visto anteriormente, la **gestión indirecta** se admite siempre que los servicios «tengan un **contenido económico** que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares» y se prohíbe expresamente en los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos⁴⁰. También quedó establecido que la gestión de las prestaciones sanitarias no implica, por sí misma, ejercicio de autoridad.

4. **No tiene sentido alguno hablar de gestión indirecta en los centros y establecimientos de titularidad pública**, ya que al ser medios con que ya cuenta la Administración no necesita recurrir a los propios de los agentes privados. El problema que aquí se plantea es decidir la forma de gestión directa más adecuada y su implantación.

5. **No todas las formas de gestión enumeradas, por unas u otras razones, son de utilidad y tienen proyección en el ámbito del Sistema Nacional de Salud**. Se puede decir, de acuerdo con las normas en vigor, y con su proyección en el Sistema, que las que tienen más posibilidades, con personalidad jurídica y patrimonio propio, son las Fundaciones, los Consorcios, las Sociedades Estatales y las Fundaciones Públicas Sanitarias. No obstante, aunque con ciertos matices, también

⁴⁰ Vid. art. 156.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

se ha utilizado en un caso la concesión (“caso Alcira”, en el ámbito de la Comunidad Valenciana).

6. Se observará que no hemos incluido el consorcio entre las formas de gestión que hemos enumerado (directas e indirectas). Debe tenerse en cuenta que el consorcio no es una forma de gestión, sino un organismo público personificado que puede adoptar cualesquiera de las formas de gestión admitidas por el Derecho vigente. En otras palabras, la decisión de crear un consorcio no prejuzga la opción por una determinada forma de gestión, que sólo puede decidirse en un momento posterior a la vista del correspondiente convenio.

Puede decirse, por tanto, que el ente consorcial puede adoptar cualquiera de las formas de gestión de servicios para garantizar la eficaz prestación de los mismos. Se trata de una afirmación que está bastante asumida en la doctrina española, aunque históricamente ha sido objeto de mucha controversia. No obstante, aunque en abstracto puedan resultar idóneas las formas de gestión directas o indirectas, parece, en principio, que las primeras se adecuan mejor al ámbito sanitario ⁴¹.

VII. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS FORMAS DE GESTIÓN Y EL ESTATUTO DEL SERVICIO

1. Es una distinción clave. Es decisivo para separar los aspectos formales (la gestión) de los aspectos de fondo (el servicio público). Los entes institucionales públicos son entes instrumentales, simples instrumentos de actuación en manos de la Administración. Se trata, pues, de utilizar técnicas organizativas que persigan crear autonomías funcionales o de gestión (GARCÍA DE ENTERRÍA) ⁴². Esta instrumentalidad no afecta a la prestación del servicio público, que sigue siéndolo. Desde este punto de vista hay una plena sujeción al principio de legalidad (las potestades administrativas derivadas del servicio público). Por otro lado, el Estatuto del Servicio impone obligatoriamente la sujeción a los principios constitucionales de obligado cumplimiento en su actuación (publicidad, mérito, concurrencia, derechos y deberes de los usuarios, igualdad en todas sus manifestaciones, etc., tal y como hemos expuesto anteriormente en sede doctrinal y cuyo desarrollo por-

⁴¹ Vid. la monografía de Eva NIETO GARRIDO, *El consorcio administrativo*, Barcelona, CEDECS, 1997.

La amplitud de formas se recoge, por supuesto, en el plano normativo. A este respecto, se puede citar el art. 110.5 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, de 18 de abril de 1986; el art. 40 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955; el art. 85 de la Ley de Bases de Régimen Local, Ley 7/1985, de 2 de abril, y el art. 7.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de la Administración Pública y del Procedimiento Administrativo Común.

⁴² Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 6.ª ed., pp. 385 ss.

menorizado y elaboración es una de las tareas prioritarias de los Reglamentos que regulen las nuevas formas de gestión y que ya ha sido abordado por el actual Reglamento sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud).⁴³

La doctrina se viene manifestando de esta manera. Así, VILLAR ROJAS⁴⁴ dice al respecto:

«Así, entre otros mandatos, en la contratación de bienes y servicios con terceros deberán respetar los principios de concurrencia y publicidad (art. 14 de la Constitución); los de mérito y capacidad en la selección de su personal (arts. 23 de la Constitución); la gestión de su patrimonio debe de estar al servicio de los fines públicos que ordene la norma de creación (art. 103.1 y 31.2 de la Constitución); los daños que causen serán imputados de forma objetiva (art. 106.2 de la Constitución); su actuación debe regirse por el principio de objetividad, porque la Constitución proscribela arbitrariedad (art. 9.3. de la Constitución); en fin, toda su actividad está sujeta al principio de legalidad (arts. 9, 103.1 y 106.1 de la Constitución).»

Y más aún, continúa dicho autor de esta manera un poco más adelante:

«Sujetar la actividad de todas las entidades instrumentales al marco constitucional que les vincula es una tarea ingente, está por hacer, y tanto más complicada en la medida en que cada entidad cuenta con su propio ordenamiento. De ahí la búsqueda de criterios que faciliten el control como la técnica de los actos separables, el levantamiento del velo de las personas jurídicas, o la propuesta de unidad jurisdiccional para los actos de las Administraciones. Igual fundamento comparten las propuestas para simplificar las entidades instrumentales, o para restablecer la ecuación entre la fórmula jurídica del órgano administrativo y el régimen jurídico de su actividad (GARRIDO FALLA). Y de ahí también la petición de una legislación básica sobre entidades instrumentales (PÉREZ MORENO).»

En resumen, el Derecho público se proyecta sobre el servicio público y el Derecho privado sobre las formas de gestión y las relaciones con terceros, como, por ejemplo, lo relativo al personal (a través de su vinculación laboral, si tal es el caso), la contratación (sujeta a publicidad y concurrencia, pero no necesariamente al régimen de contratación administrativa), al patrimonio y, limitadamente, al fenómeno presupuestario.

2. No se trata de supuestos de privatización del servicio público. Es por lo demás evidente que las nuevas formas de gestión no

⁴³ Aprobado por Real Decreto 29/2000, de 14 de enero.

⁴⁴ Francisco José VILLAR ROJAS, «La huida al Derecho privado en la gestión de los servicios de salud», trabajo citado.

son supuestos de privatización de servicios públicos. No se trata de una reducción de la actividad pública de producción y distribución de servicios mediante su traspaso a la iniciativa privada. Consiste, por el contrario, o bien en la privatización de la gestión o en lo que se ha denominado privatización de la organización de los servicios sin cambio de titularidad (VILLAR PALASÍ, MARTÍN RETORTILLO, GARRIDO FALLA), esto es, como dice VILLAR ROJAS, un supuesto de gestión jurídico-privada de servicios en mano pública, siendo el paradigma la Agencia Tributaria.

VIII. BREVE ANÁLISIS DE LA LEY 15/1997, SOBRE HABILITACIÓN DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD

1. Práctica unanimidad en su asunción parlamentaria ⁴⁵ y en línea de continuidad con el espíritu del Real Decreto-ley 10/1996, al que sustituye. Desde otro punto de vista, constituye un importante instrumento de flexibilización y autonomía en la gestión sanitaria, necesidad ineludible de la actual organización pública y siempre con el objetivo de mejorar la eficacia del Sistema Nacional de Salud, cuya consolidación y modernización es el objetivo prioritario de la sociedad española.

2. Su carácter básico. Esta circunstancia pone inmediatamente de relieve que el contenido de la Ley se refiere a un aspecto nuclear del Sistema. Por otro lado, queda claro dicho carácter en presencia del artículo único, 1, al decir lo siguiente:

«... en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo...»

3. Necesidad de un desarrollo reglamentario, previsto expresamente en la misma. En concreto, el artículo único, 1, en su párrafo segundo, dispone lo siguiente:

«En el marco de lo establecido por las leyes, corresponderá al Gobierno, mediante Real Decreto, y a los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas —en los ámbitos de sus respectivas competencias—, determinar las formas jurídicas, órganos de dirección y control, régimen de garantías de la prestación, financiación y peculiaridades en materia de personal de las entidades que se creen para la gestión de los centros y servicios mencionados».

⁴⁵ La Ley fue aprobada con los votos de los siguientes grupos políticos: Partido Popular, Convergència i Unió, Partido Nacionalista Vasco y Partido Socialista Obrero Español.

4. Flexibilidad en la gestión. Las formas de gestión admitidas por la Ley coinciden con las admitidas en el Derecho vigente, por lo que todas pueden ser objeto del desarrollo correspondiente.

5. Garantía del servicio público. La Ley establece que se garantiza y preserva la condición del servicio público sanitario. Sin embargo, como dice MARCOS VAQUER, tal invocación no es garantía de mucho en el plano técnico-jurídico, pues sólo alcanza al compromiso del poder público de mantener la titularidad —que no necesariamente la gestión— de tal servicio público, a veces en coexistencia con actividades plenamente privadas con el mismo contenido.

IX. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN, DOTADAS DE PERSONALIDAD JURÍDICA

1. Fundaciones de la Ley 30/1994

En principio, dado que las Fundaciones persiguen fines de interés general, la posibilidad de que las Administraciones públicas constituyan las mismas como entes descentralizados de sus actividades, parece más razonable que el expediente de acudir a la constitución de Sociedades Estatales. Dicho lo anterior, la posibilidad de constituir Fundaciones viene establecida en su Ley Reguladora de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General ⁴⁶. En concreto, dicha Ley dispone lo siguiente:

«1. Podrán constituir Fundaciones las personas físicas y las personas jurídicas, ya sean éstas públicas o privadas.

...
4. Las personas jurídicas-público tendrán capacidad para constituir Fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario.»

En el caso del Instituto Nacional de la Salud, y en la práctica totalidad de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas, las normas no lo impiden, por lo que es factible la constitución de Fundaciones. Por lo demás, los problemas que pueden plantearse, en su caso, como consecuencia del uso del patrimonio de la Seguridad Social tienen solución mediante fórmulas de cesión del uso de los inmuebles ⁴⁷.

A pesar del sentido literal del precepto transcrito, se ha discutido el alcance del mismo por la doctrina. Así, MARCOS VAQUER entiende

⁴⁶ Art. 6.1.4 de la Ley 30/1994.

⁴⁷ De conformidad con lo dispuesto en el art. 84 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobada por RDL 1/1994, de 20 de junio, y RD 1221/1992, de 9 de octubre,

que el recurso a dicha forma de personificación, como ente instrumental de las Administraciones públicas para la gestión de servicios públicos, sólo puede ser cabalmente habilitado (y regulado) por la legislación estatutaria de dichas Administraciones públicas, que es la que determina su capacidad. Por el contrario, PIÑAR MAÑAS, SILVIA DEL SAZ CORDERO y RIVERO ORTEGA concluyen que la Ley de Fundaciones configura expresamente las Fundaciones en mano pública —expresión que se utiliza para las Fundaciones de la Ley 30/1994— sin necesidad de una habilitación ulterior.

Por otra parte, la posibilidad de constituir dichos entes se revalida en la Ley 15/1997, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, como claramente se desprende del párrafo 5.º de su Exposición de Motivos, que literalmente dice lo siguiente:

«Con la presente Ley se procede a dar nueva redacción al artículo único del mencionado Real Decreto-ley, transformado ahora en Ley sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud. En esta Ley se establece que la gestión de los centros y servicios sanitarios y sociosanitarios puede llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho; entre otras formas jurídicas, la presente disposición ampara la gestión a través de entes interpuestos dotados de personalidad jurídica, tales como empresas públicas, consorcios o fundaciones —en los mismos términos a las ya creadas— u otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en nuestro ordenamiento jurídico.»

Es cierto que la Ley adopta aquí una terminología inadecuada o imprecisa y no acomodada al Derecho de fundaciones, tal y como sostiene PIÑAR MAÑAS, pues en realidad las Fundaciones, a diferencia de las Sociedades Mercantiles, a nadie pertenecen ni, por tanto, tienen titular. Pero la expresión legal puede interpretarse fácilmente, tal y como opina MARCOS VAQUER, en el sentido de que no se trata aquí de titularidad dominical sino organizativa, referida por ello no a la propiedad sobre la Fundación, sino a la capacidad o competencia para su creación. En términos parecidos se pronuncian BERMEJO LATRE y MIR PUIGPELAT, que entienden que el término impropio de titularidad, empleado por la Ley, equivale a iniciativa y no a pertenencia, utilizando la expresión «Fundaciones de iniciativa pública». Además, sucesivas leyes han ido confirmando estos puntos de vista⁴⁸.

sobre Patrimonio de la Seguridad Social. *Vid.*, además, los artículos correspondientes del Reglamento.

⁴⁸ *Vid.* la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1998, que introduce una rúbrica dedicada precisamente al «régimen presupuestario de las fundaciones de naturaleza o titularidad pública», en alusión a las creadas al amparo de la Ley 15/1997, según su art. 15; también recoge MARCOS VAQUER la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas

1.1. *Son entidades de titularidad pública*

Por todo lo dicho hay que entender que, al ser financiadas y controladas por el ente fundante y exigirse una presencia decisiva pública en su Patronato por órganos de la Administración pública, entra dentro, en sentido amplio, de las «entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho», a que se refiere el artículo único de la citada Ley.

1.2. *Terminología*

Debe separarse claramente las Fundaciones Públicas Sanitarias, que no son otra cosa que entes instrumentales de la Administración pública y a los que la doctrina científica califica como institucionales o de base fundacional, de las Fundaciones en Mano Pública, que son las Fundaciones a que se refiere la Ley 30/1994. En el primer caso el calificativo de públicas se refiere, como dice MARCOS VAQUER, a la naturaleza del ente. En el segundo, se alude en cambio a la Administración matriz y se trata de las Fundaciones en sentido estricto, o de Derecho privado, constituidas por la Administración pública.

2. **Consorticios**

El ordenamiento jurídico posterior a la Constitución ha potenciado la figura epigrafiada. En concreto, puede entenderse que es una consecuencia de la descentralización política del Estado y del reconocimiento del principio de autonomía local. Así, se ha podido decir (PIÑAR MAÑAS)⁴⁹ que el consorcio administrativo, de ser una técnica de cooperación residual, ha pasado a ser una fórmula esencial de cooperación administrativa. Además, su utilización se ha visto aumentada en las

Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo art. 52, apartado 13, utiliza profusamente la categoría de la «fundaciones de competencia o titularidad pública estatal». A dichas menciones habría que añadir, ahora, la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuyo art. 43, apartado 6, dice que «se entenderá que son fundaciones de competencia o titularidad pública estatal, aquellas en cuya dotación participe mayoritariamente la Administración General del Estado, sus Organismos autónomos o las demás entidades del sector público estatal» (se modifica así el art. 123 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por el Real Decreto Legislativo 109/1988, de 23 de septiembre, en lo que se refiere a la contabilidad pública). También la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, cuyo art. 16 contiene el régimen presupuestario de las entidades creadas al amparo de la Ley 15/1997, de 25 de abril, en el ámbito del INSALUD.

⁴⁹ En la introducción al libro de Eva NIETO GARRIDO, *El consorcio administrativo*, Barcelona, CEDECS Ediciones, S. L., 1997.

Comunidades Autónomas donde se han aprobado disposiciones específicas sobre la materia ⁵⁰.

El consorcio es antes de nada una asociación entre entes públicos de distinto orden con participación, en su caso, de alguna entidad privada sin ánimo de lucro con intereses concurrentes con dichos entes públicos. Es, además, un ente instrumental y, por último, es una corporación instrumental de Derecho público, aunque la legislación vigente admite la participación en el consorcio de entidades privadas sin ánimo de lucro. No obstante, es conocido que la forma pública de personificación no resulta determinante a la hora de decidir el sometimiento a Derecho público de la actividad del ente, debido a la interrelación actual entre lo público y lo privado. Por tanto, es imprescindible acudir a la norma de creación del ente para determinar exactamente su régimen jurídico.

Por lo demás, el consorcio administrativo tendrá naturaleza jurídica de ente local cuando el control efectivo de sus órganos de gobierno lo ostenten entidades locales territoriales, en cuyo supuesto los estatutos de la entidad serán completados, en su caso, con las disposiciones de régimen local que rigen la vida de los entes locales. Sin embargo, la naturaleza jurídica de ente local no puede afirmarse respecto de aquellos entes en los que el control efectivo de sus órganos de gobierno corresponde a la Comunidad Autónoma, o, incluso, al Estado. El régimen jurídico aplicable a estas entidades no se corresponde con el de los entes locales, sino con el de la Comunidad Autónoma de referencia o, en su caso, con el del Estado. En este supuesto se integran los consorcios constituidos al amparo de la regulación contenida en la nueva Ley de Procedimiento Administrativo de 1992. Como dice Eva NIETO GARRIDO, «en definitiva, el consorcio administrativo tiene actualmente naturaleza de ente de Derecho público y su régimen jurídico es, por ende, igualmente público. No obstante, las particularidades que establezcan los estatutos de la entidad se encuadran en el régimen jurídico aplicable a la misma, que variará en función de la naturaleza de los entes-miembros que ejerzan el control efectivo sobre los órganos de gobierno del consorcio (en su caso entidades locales, la Comunidad Autónoma correspondiente o el Estado)».

Si prescindimos de antecedentes históricos (el consorcio ya se reguló en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955), su regulación actual se contiene fundamentalmente en las siguientes normas: la Ley de Bases de Régimen Local ⁵¹, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen

⁵⁰ Vid. la Ley 8/1987, de 15 de abril, Municipal y de Régimen Local, de Cataluña, desarrollada por el Reglamento de 1995 y la Ley 7/1993, de 27 de julio, de Demarcación Municipal, de Andalucía.

⁵¹ Arts. 57 y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Local ⁵² y la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común ⁵³.

El consorcio es una figura de carácter asociativo voluntario, que permite gestionar servicios de importante contenido social a través del acuerdo entre Instituciones públicas y privadas sin ánimo de lucro. Entre sus rasgos más sobresalientes debe destacarse la personalidad jurídica propia de carácter asociativo, su independencia para la realización de las actividades encomendadas y la amplia libertad que tienen las Instituciones implicadas para regular su participación, con sometimiento a sus respectivos estatutos. Por supuesto, las personas asociadas pueden establecer las reservas que consideren oportunas en orden a las aportaciones patrimoniales al consorcio (fórmulas de salvaguarda del patrimonio único de la Seguridad Social, por ejemplo).

El sector sanitario donde más se ha utilizado esta fórmula de gestión es la Comunidad Autónoma catalana, en la que desde 1984 se han realizado numerosos proyectos sobre la materia ⁵⁴.

Por tanto, los consorcios se configuran como entes asociativos de carácter voluntario, que pueden constituirse entre Administraciones públicas solamente y también, lo que constituye el elemento caracterizador y diferencial más importante, con entidades privadas sin ánimo de lucro, que persigan fines de interés público concurrentes con aquéllas, pudiendo abarcar desde entidades con fines sociales (como la Cruz Roja, ONCE) a corporativas (como las Cámaras, Patronatos, Colegios Profesionales), apareciendo dotados los entes resultantes con personalidad jurídica. Dudosa es la naturaleza de tal personificación, lo que ha permitido mantener el carácter de Derecho público de las mismas, o, más matizadamente, entender que cuando en la misma participa una entidad privada la expresión consorcio ha de entenderse como convenio o acuerdo, al resultar anómalo que del acuerdo entre una entidad pública y un particular resulte una persona jurídico-privada, sin perjuicio de su caracterización pública a través de la ley correspondiente.

Ya vimos cómo la Ley 15/1997 se refiere genéricamente a la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública

⁵² Art. 110 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 19 de abril.

⁵³ Art. 7 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

⁵⁴ Así, por ejemplo, el Consorcio Hospitalario de Cataluña (con participación de Diputaciones, Ayuntamientos, Fundaciones benéfico-privadas, etc.); el Consorcio Sanitario de Barcelona (con participación del Instituto Municipal de Asistencia Sanitaria, la Fundación de Gestión Sanitaria del Hospital de la Santa Cruz y San Pablo y el Instituto de Prestación de Asistencia Médica al Personal Municipal); el Consorcio Sanitario de Mataró (con participación del Ayuntamiento de Mataró y dos entidades sin ánimo de lucro); el Consorcio Hospitalario del Parque Taulí (con participación de la Generalidad, el Ayuntamiento de Sabadell, la Fundación Hospital y Casa de Beneficencia de Sabadell, la Mutua Aseguradora de Sabadell, la Universidad Autónoma de Barcelona y la Caja de Ahorros de Sabadell).

admitidas en Derecho. Es evidente, por tanto, que el consorcio cabe en dicha expresión y ya hablamos anteriormente de que el consorcio no prejuzga la forma de gestión posterior. Además, cabe decir que la decisión de constituir un consorcio no parece que deba depender de la forma de gestión pretendida, sino del tipo de actividades que haya que desarrollar, siendo necesario que se trate de actividades compartidas. En otras palabras, no tiene sentido, en principio, la constitución de un consorcio para la gestión de centros o establecimientos cuya titularidad corresponda íntegramente a una sola entidad ⁵⁵.

3. Sociedades estatales

Las sociedades estatales traen su causa de lo dispuesto, con carácter general, en el art. 6 de la Ley General Presupuestaria ⁵⁶.

Tales sociedades subsisten a pesar de la clasificación bimembre establecida por la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y a la que nos referiremos más adelante ⁵⁷ (LOFAGE).

4. Fundaciones Públicas Sanitarias

4.1. *Figura jurídica ad hoc*

Las Fundaciones Públicas Sanitarias no tienen la naturaleza jurídica de Fundaciones —de naturaleza privada—, sino que se trata de personificaciones jurídico-públicas y que, en concreto, se asemejan bastante a las Entidades Públicas Empresariales.

El objeto que persigue la norma es el desarrollo de lo dispuesto en el artículo único de la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud y, por tanto, regular las entidades de naturaleza y titularidad pública, y en ningún caso modificar la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. Es decir, se trata de una figura *ad hoc*,

⁵⁵ Por ejemplo, tendría sentido un consorcio que aglutinase en una ciudad como Madrid los servicios de urgencia dispersos entre varios entes; por ejemplo, el 061 del Instituto Nacional de la Salud, el SERCAM de la Comunidad de Madrid, el SAMUR del Ayuntamiento o los de La Cruz Roja.

⁵⁶ *Vid.* Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre.

⁵⁷ Ley 6/1997, de 14 de abril, y en concreto, la Disposición Transitoria tercera, la Disposición Derogatoria única y la Disposición Adicional duodécima. Esta última establece que se rigen íntegramente por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación.

adaptada a las necesidades peculiares y propias del ámbito sanitario, ya que la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), Ley 6/1997, de 14 de abril, en contra de la Ley 15/1997, dejó reducidas las personificaciones jurídicas públicas a dos categorías: los Organismos Autónomos y las Entidades Públicas Empresariales. Conviene dejar constancia, además, que dicha rigidez ha sido objeto de contestación crítica por parte de un sector de la doctrina. Citamos al respecto la opinión de Ángel MENÉNDEZ REXACH⁵⁸, que entiende que frente a la «huida hacia el Derecho privado que ha predominado en los últimos años, muchas veces sin justificación suficiente, se asiste hoy a un intento de signo contrario, que también corre el riesgo de incurrir en simplificaciones excesivas por falta de una reflexión sosegada. En efecto, la nueva Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), reduce a dos categorías las Entidades Públicas con responsabilidad jurídica propia y mayor o menor autonomía funcional que se pueden crear bajo la dependencia o vinculación de la Administración General del Estado: Organismos Autónomos, regidos íntegramente por el Derecho público, y Entidades Públicas Empresariales, regidas por el Derecho privado, salvo en algunos aspectos de su organización, presupuestarios y en el ejercicio de potestades administrativas»⁵⁹.

Además de su consideración de entidad *ad hoc*, soluciona la cuestión planteada por la LOFAGE, que había exigido el carácter laboral como regla en el ámbito de las Entidades Públicas Empresariales. Por el contrario, las Fundaciones Públicas Sanitarias parten del reconocimiento de la relación estatutaria como regla general, sin cerrar las puertas, sin embargo, a la vinculación laboral, dotando a las instituciones sanitarias tradicionales de una estabilidad en lo que se refiere a la vinculación existente.

En definitiva, de acuerdo con el Reglamento que más adelante estudiaremos, los centros sanitarios de corte tradicional únicamente

⁵⁸ Crítico, sin embargo, en diversos aspectos de la reforma.

⁵⁹ También Luciano PAREJO que, aunque muy crítico con estas entidades, entiende que «sería superficial e irresponsable querer encontrar la causa de esta forma sorprendente de operar simplemente en puros objetivos políticos no explícitamente confesados o en un mero arbitrio. Más bien parece que hay que buscarla en la suma del escasamente atractivo y orientador panorama ofrecido por la organización público-administrativa, anclada aún en el principio monárquico y centrada en fórmulas y soluciones propias de un modelo de Estado superado, y del pesimismo radical que ha acabado instalándose entre nosotros sobre las posibilidades de actualización de la gestión asimismo público-administrativa, que no es sino la otra cara de la famosa «huida del Derecho administrativo» y que, en sí misma y por imposibilidad de consecución de su objetivo —como demuestra la reconstitución inevitable una y otra vez de las técnicas de dirección y control públicos—, se transforma en un proceso sin fin entre elementos públicos y privados en mezcla diversa carente de cualquier orden y de efectos deslegitimadores, de confusión e inseguridad. Situación nada halagüeña la así descrita respecto de la que la renovación diseñada por la LOFAGE no parece haber siquiera conmovido, mucho menos siquiera comenzado a remover» (Prólogo al libro de Marcos VAQUER CABALLERÍA, ya citado).

se transformarán, cuando sea el caso, en Fundaciones Públicas Sanitarias o consorcios y, a tal efecto, la Ley soluciona los problemas con que podría encontrarse dicha conversión (la rigidez formal de las categorías existentes mediante una figura *ad hoc* y el carácter laboral, como regla, de las Entidades Públicas Empresariales, a través del mantenimiento de la relación estatutaria propia y específica de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social)⁶⁰.

4.2. Terminología

Aunque se trata de una terminología antigua, hace referencia a una palabra (Fundación) que debe siempre entenderse comprendida en el marco de un contexto que la individualiza de forma absoluta. Esto es, no hay confusión alguna cuando se habla de Fundaciones dentro del contexto «Fundaciones Públicas Sanitarias». Del mismo modo, tampoco habrá confusión cuando se emplee dicha palabra en el marco de la Ley de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General. La utilización de palabras con significación conceptual diferente y que encuentran su definitiva concreción y naturaleza jurídica en un determinado marco legal es corriente en el Derecho. Así, por ejemplo, hablamos de compraventa (que puede ser civil, mercantil o administrativa) o de arrendamiento (y que sólo en el contexto del Contrato de Gestión de Servicios Públicos adquiere su verdadero significado) y de tantas otras figuras jurídicas.

Por otro lado, como ya se advertía, es un nombre que tiene plena raigambre en el ámbito del campo del Derecho administrativo clásico. Recuérdese, a este respecto, las «Fundaciones Públicas del Servicio» recogidas como forma organizativa de gestión en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales⁶¹ y que en el ámbito de la Administración General del Estado describe hoy la LOFAGE como Organismos Autónomos.

4.3. Contenido de la Ley

4.3.1. Permite su creación

Por acuerdo del Consejo de Ministros con la finalidad de dotar de flexibilidad formal suficiente al proceso del cambio de las antiguas a las nuevas estructuras.

⁶⁰ Además soluciona el obstáculo que significa la Disposición Adicional de la LOFAGE, que aplica dicha Ley, con salvedades, a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

⁶¹ Vid. arts. 67 y 87 de dicho Reglamento, ya citado.

La LOFAGE establece ⁶² que la creación de los Organismos Autónomos y de las Entidades Públicas Empresariales se efectuará por ley. Este régimen jurídico fácilmente se comprende que no puede servir, por su rigidez y formalidad, para la transformación de las instituciones y centros sanitarios actuales. Ha de tenerse en cuenta que hay muchos hospitales susceptibles de transformarse en formas jurídicas personificadas a través de las Fundaciones Públicas Sanitarias.

4.3.2. *Desarrolla la Ley 15/1997 en lo que respecta a las entidades de naturaleza y titularidad pública.*

La Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, dispuso, en su artículo único, lo siguiente:

«En el ámbito del Sistema Nacional de Salud, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público, la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo directamente o indirectamente a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho.»

En otras palabras, lo que la Ley desarrolla son las Entidades Públicas Empresariales *ad hoc* que han de actuar en el ámbito sanitario. Por tanto, se armonizan absolutamente dos leyes que hacen referencia a la cuestión que tratamos. Por un lado, la Ley 15/1997, que permite que la gestión, siempre dentro de concepto de servicio público, se lleve a cabo a través de entidades de naturaleza pública. Por otro lado, la LOFAGE, que regula las Entidades Públicas Empresariales. Pues bien, la Ley delinea las Entidades Públicas Sanitarias, si bien bajo el nombre de Fundaciones Públicas Sanitarias.

4.3.3. *Se rige por la LOFAGE (Entidades Públicas Empresariales) excepto en cuestiones específicas para adaptar dicha Ley a la realidad de la gestión sanitaria*

La justificación de rasgos específicos para las Fundaciones Públicas Sanitarias es algo evidente y que responde a una trayectoria histórica ya consolidada, cuyo arranque ha de situarse en el llamado «Informe Abril» y cuya consolidación la encontramos en el desarrollo del Estado de las Autonomías en materia sanitaria, a través de las leyes correspondientes de las diferentes Comunidades Autónomas.

⁶² Vid. art. 61 de la citada Ley.

4.3.4. *El personal*

Se regula por el «régimen estatutario», aunque también podrá incorporarse personal que ostente vinculación de carácter funcionarial o laboral.

El régimen del personal establecido en la LOFAGE para las Entidades Públicas Empresariales es el siguiente ⁶³:

«El personal de las Entidades Públicas Empresariales se rige por el Derecho laboral, con las especificaciones dispuestas en este artículo y las excepciones relativas a los funcionarios públicos de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones públicas, quienes se regirán por la legislación sobre Función Pública que les resulte de aplicación.»

Se observará que parte de un régimen general que consiste en el sometimiento al Derecho laboral, y excepcionalmente admite la existencia de funcionarios públicos. La modificación que ahora se propone parte del régimen general estatutario, que es el común en el ámbito del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social. Dicho de otra forma, las Fundaciones Públicas Sanitarias, en el proceso de transformación, deben hacerse cargo del personal estatutario, ya que de otra manera no sería posible operar la transformación pretendida.

Lo anterior no significa que se cierre la posibilidad al personal laboral para los nuevos centros o que no sea posible la existencia en las nuevas entidades de personal funcionario o laboral.

Se respeta, pues, el contenido de la LOFAGE, invirtiendo simplemente los términos de la cuestión.

4.3.5. *La contratación*

Respetar los principios de publicidad y concurrencia, y se regirá por las previsiones contenidas al respecto en la legislación de Contratos de las Administraciones Públicas.

4.3.6. *El patrimonio*

Podrá ser propio, o cedido por la Administración General del Estado o adscrito por la Tesorería General de la Seguridad Social, correspondiendo su administración a la «Fundación Pública Sanitaria».

⁶³ Vid. art. 55.1 de la citada Ley.

En cuanto a los bienes inmuebles del patrimonio de la Seguridad Social que se adscriban, serán objeto de administración ordinaria por las Fundaciones Públicas Sanitarias, a cuyos efectos se les atribuyen los mismos derechos y obligaciones que a las Entidades Gestoras de la Seguridad Social.

La posibilidad de un patrimonio propio es un hecho admitido legalmente en la LOFAGE para las Entidades Públicas Empresariales y en consecuencia también para las Fundaciones Públicas Sanitarias. Además, se trata de una cuestión que de algún modo no es ajena, en el momento actual, en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud. En concreto, se permite actualmente que determinados ingresos (por ejemplo, los reintegros de gastos por asistencia sanitaria prestada a terceros) generen créditos en los presupuestos de los centros sanitarios, sin que tengan el carácter de Fondos de la Seguridad Social. Esto es, forman parte, si bien por ahora en régimen excepcional, del patrimonio del Instituto Nacional de la Salud ⁶⁴.

La Ley es respetuosa con el patrimonio de la Seguridad Social (cuya titularidad ostenta la Tesorería General de la Seguridad Social), pero permite ampliar las posibilidades patrimoniales.

4.3.7. *Los estatutos*

Se aprueban por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo, y el plan inicial de actuación por la Presidencia Ejecutiva del INSALUD.

X. REFERENCIA A LOS CONVENIOS Y CONCIERTOS COMO FORMAS DE GESTIÓN INDIRECTA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD ⁶⁵

1. **La Ley General de Sanidad**

La gestión indirecta del Servicio Público de la Sanidad puede efectuarse empleando varios instrumentos jurídicos: el convenio singular de vinculación ⁶⁶ y el concierto sanitario ⁶⁷. Ambos, como es evidente, sin personalidad jurídica, son los más importantes. No obstante, ya dijimos que se ha utilizado la concesión en una ocasión ("caso Alcira").

⁶⁴ Vid. Disposicional vigésima segunda del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, y art. 22.7 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

⁶⁵ Seguimos en la exposición a VILLAR ROJAS, ya citado.

⁶⁶ Arts. 66, 67 y 68 de la Ley General de Sanidad.

⁶⁷ Art. 90 de la misma Ley.

1.1. *El convenio*

El Régimen Jurídico de este mecanismo de gestión indirecta se articula sobre dos títulos: la vinculación y el convenio singular.

La vinculación está sujeta a una condición previa, a saber, la homologación técnica del hospital de acuerdo con un protocolo definido. Se trata, por tanto, de una resolución administrativa que constata el cumplimiento de los requisitos técnicos establecidos para contratar con la Administración la prestación de servicios asistenciales. Empleando los términos de la legislación de contratos, la homologación equivale a la clasificación del contratista y su consecuencia es la inclusión del centro hospitalario en la red de hospitales del sector público, pero ni supone la delimitación de las funciones asistenciales que han de desarrollarse ni sus condiciones, ni tampoco su prestación efectiva.

El convenio singular depende del concurso de dos presupuestos: que las necesidades asistenciales lo justifiquen y que existan suficientes recursos para su financiación. Lo singular es que en virtud del convenio el hospital privado se somete al mismo régimen sanitario, administrativo y económico de los hospitales públicos. Esto es, produce una publicación del régimen de organización y funcionamiento del hospital vinculado⁶⁸, salvo en lo que se refiere a la titularidad del centro y a la relación laboral con el personal.

En relación a los usuarios, las normas que rigen en su acceso y atención a un hospital privado vinculado no se diferencian de las que rigen en los hospitales públicos. La sujeción a las mismas normas de organización y funcionamiento alcanza también a los derechos, los deberes y las garantías de los usuarios.

El convenio singular con hospitales privados reúne los elementos para calificarlo de contrato administrativo de servicio público en su modalidad de concierto. Su objetivo es la prestación de un servicio por parte de una persona jurídica que viene realizando prestaciones análogas a la que constituye su objeto (la atención regular de la demanda de asistencia hospitalaria de un área de salud). La publicación de su actividad, singular frente al régimen ordinario de los conciertos, es una diferencia cuantitativa, no cualitativa: las condiciones de prestación se equiparan con las que rigen en los hospitales públicos en orden a lograr la igualdad efectiva entre los usuarios.

Los llamados contratos-programa entre las autoridades sanitarias y los órganos de prestación de servicio, puestos en marcha por el Instituto Nacional de la Salud (1993) y el Servicio Andaluz de Salud⁶⁹, previstos por algunas leyes autonómicas, por ejemplo la legislación

⁶⁸ Vid. art. 30.2 de la Ley General de Sanidad.

⁶⁹ Art. 5 de la Ley de Presupuestos para 1994.

catalana, no son un modo de gestión indirecta de servicios sanitarios. Se trata de acuerdos, si puede hablarse en estos términos, entre dos órganos administrativos, uno responsable de la financiación y otro encargado de la prestación, en los que se definen los objetivos y programas sanitarios a realizar por el centro asistencial, la asignación de recursos, la fijación de un plazo para su cumplimiento y el establecimiento de incentivos para su consecución. Para determinar su naturaleza debe tenerse en cuenta que ninguno cuenta con personalidad jurídica, ni se le reconoce aptitud para contratar, de forma que estos contratos-programa no son reconducibles a ninguna de las formas de gestión contractual de servicios: ni son contratos administrativos de servicios públicos, ni tampoco son contratos-programa *stricto sensu*⁷⁰. Por el contrario, pese a la denominación empleada, su fundamento jurídico es la potestad de autoorganización de la Administración pública⁷¹ y, en particular, la competencia de los órganos administrativos de dirigir la actividad de los jerárquicamente subordinados mediante instrucciones y órdenes de servicios⁷². En consecuencia, los contratos-programa suscritos con los centros y hospitales públicos son una forma de gestión directa de los servicios sanitarios.

1.2. *El concierto*

El segundo mecanismo de gestión indirecta es el concierto sanitario. Este contrato tiene por objeto la prestación de servicios sanitarios con medios ajenos a los que cuenta la Administración Sanitaria⁷³. Su régimen normativo también se construye sobre la concurrencia de dos títulos jurídicos: la homologación y el concierto.

Condición previa para la concertación es que los hospitales hayan sido homologados de acuerdo con un protocolo definido. Como en los convenios singulares, el legislador establece un trámite de clasificación que culmina en una resolución administrativa.

Los conciertos sanitarios con los hospitales homologados están sujetos a un marco reglamentario: la Administración debe fijar los requisitos y las condiciones mínimas, básicas y comunes aplicables a todos los conciertos. Fijados sus presupuestos generales y constatada la necesidad asistencial, cada concierto establecerá los derechos y deberes de las partes. Este título autoriza una menor intervención de la Administración contratante por el servicio concertado: la autoridad

⁷⁰ Art. 91 de la Ley General Presupuestaria.

⁷¹ Art. 1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992.

⁷² Art. 21 de la Ley citada.

⁷³ *Vid.* art. 90 de la Ley General de Sanidad; art. 199 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobada por Real Decreto Legislativo 1/1994 y Resolución de 11 de abril de 1980 de la Secretaría de Estado para la Sanidad.

sanitaria ejercerá funciones de inspección sobre aspectos sanitarios, administrativos y económicos relativos a cada enfermo atendido por cuenta del concierto. No se produce una publicación de la organización y el funcionamiento del centro privado concertado, sino que la Administración se reserva la facultad de inspeccionar el cumplimiento de las condiciones de prestación pactadas.

En cuanto al usuario de los servicios concertados, la Ley formula dos principios: el concierto debe asegurar el trato igual de todos los usuarios afectados por su aplicación y la Administración cuenta con los poderes de policía necesarios para garantizar el trato del enfermo en las condiciones pactadas, que no pueden ser otras que las reconocidas en el Estatuto del Servicio a todos los usuarios, con independencia del modo de gestión.

En resumen, el concierto sanitario es una modalidad de contrato administrativo para la gestión de servicios públicos⁷⁴. La Administración cuenta con poderes de policía sobre el cumplimiento de las normas administrativas, económicas y sanitarias que forman el estatuto jurídico del enfermo, sin que, a diferencia del convenio, se publique la actividad del hospital.

A modo de conclusión sobre la naturaleza jurídica del convenio singular y del concierto sanitario, debe destacarse que su calificación como modalidades del contrato de gestión de servicios públicos determina la integración de su régimen jurídico con las disposiciones que la Ley de Contratos dedica a esta clase de contrato administrativo típico.

En la actual Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, la prestación y gestión de los servicios sanitarios y sociosanitarios podrá llevarse a cabo, además de con medios propios, mediante acuerdos, convenios o contratos con personas o entidades públicas o privadas, en los términos previstos en la Ley General de Sanidad. En dichos términos está incluida la concesión que no es otra cosa que un contrato de gestión de servicios públicos.

XI. EL REAL DECRETO 29/2000, DE 14 DE ENERO, SOBRE NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD: DISPOSICIONES GENERALES

Se exponen a continuación los rasgos fundamentales del Reglamento mencionado, empezando por las disposiciones comunes y generales a las nuevas formas de gestión que aborda dicha normativa.

⁷⁴ Vid. art. 57, apartado c), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

1. Autonomía de gestión

Como dice su Exposición de Motivos, el Reglamento pretende impulsar la autonomía en la gestión sanitaria; potenciar la separación de las funciones de planificación, financiación, compra y provisión de servicios; configurar los centros asistenciales como organizaciones autónomas, con facultades de decisión efectivas y responsables; dotarlos de órganos de gobierno operativos y participativos; facilitar la extensión de las nuevas formas de gestión a toda la red de asistencia pública y compatibilizar todo ello con el establecimiento de garantías en la correcta prestación del servicio público. A tal efecto el Reglamento tiene por objeto el desarrollo reglamentario de las leyes correspondientes ⁷⁵. Por lo demás, es de aplicación el Reglamento a los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria gestionados por el Instituto Nacional de la Salud que adopten cualquiera de las nuevas formas de gestión previstas en el mismo ⁷⁶.

La autonomía de gestión está, en principio, condicionada por las características propias de cada una de las formas de gestión que adopten los centros sanitarios, y se concreta en diferentes aspectos: la estructura organizativa, la gestión de los planes de calidad total del centro, la elaboración y aplicación de las normas internas de funcionamiento, la gestión de sus recursos económicos, la gestión de la tesorería y patrimonio y, por último, la gestión de los recursos humanos y el desarrollo de la carrera profesional en los términos establecidos en las normas de aplicación.

Tiene, además, unos límites derivados del servicio público al que sirven las nuevas formas de gestión y el respeto, en consecuencia, de los principios constitucionales aplicables a todo el ámbito del sector público. En tal sentido, la selección de personal está presidida por los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad. La contratación de bienes y servicios está sometida, en todo caso, a los principios de publicidad y libre concurrencia. Los presupuestos se incorporan a los presupuestos generales del Instituto Nacional de la Salud y, por tanto, quedan sujetos al conocimiento y aprobación de las Cortes Generales. Y, por último, el control de los fondos públicos se lleva a cabo por la Intervención General de la Seguridad Social y por el Tribunal de Cuentas.

⁷⁵ La Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, y el art. 111 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, sobre Fundaciones Públicas Sanitarias.

⁷⁶ *Vid.* arts. 1 y 2 del Reglamento.

2. Nuevas formas de gestión y garantía del servicio público

Las formas de gestión desarrolladas por la norma son las Fundaciones de la Ley 30/1994 (las llamadas Fundaciones en mano pública), los Consorcios, las Sociedades Estatales y las Fundaciones Públicas Sanitarias. En todo caso, se garantiza y preserva su condición de servicio público⁷⁷. Además, se establece la sujeción de las nuevas entidades a los criterios generales de planificación del Instituto Nacional de la Salud, reforzándose los principios de coordinación y de cooperación entre los distintos centros sanitarios y niveles asistenciales, de modo que se asegure plenamente el derecho de los ciudadanos a la protección de la salud. Por último, y en este ámbito, los criterios y principios mencionados se complementan con un amplio sistema de garantías de carácter general y particular a lo largo de su articulado. En tal sentido, se dispone el mantenimiento de la concepción integral de toda la red asistencial, garantizando la continuidad entre niveles y preservando el cumplimiento de los principios inspiradores del Sistema Nacional de Salud, tales como los de universalidad y equidad en el acceso. A lo anterior hay que añadir que todos los centros, cualquiera que sea su forma de gestión, proporcionan la prestación de asistencia sanitaria en idénticos términos y con el mismo alcance establecido para todo el Sistema Nacional de Salud, creándose una unidad de garantías para los ciudadanos, dotada de medios y procedimientos que coadyuven a hacer efectivo el ejercicio de los derechos.

3. Recursos económicos y régimen presupuestario, de contabilidad y de control financiero

La norma regula con la amplitud posible las fuentes de las que pueden proceder los recursos económicos, remitiéndose al régimen presupuestario y de contabilidad establecido en las normas específicas de cada una de las nuevas formas de gestión. En todo caso, el control financiero se ajusta a lo previsto en el texto refundido de la Ley General Presupuestaria⁷⁸. Todas las entidades pondrán sus cuentas a disposición de la Intervención General de la Seguridad Social, a los efectos de su posterior rendición al Tribunal de Cuentas, por los conductos legalmente establecidos, integrándose en la Cuenta del Sistema de la Seguridad Social (sobre tales aspectos el Ministerio de Economía y Hacienda podrá dictar las instrucciones necesarias para su ejecución y desarrollo).

⁷⁷ Vid. art. 3 del Reglamento.

⁷⁸ Art. 17 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, aprobado por Real Decreto Legislativo 1901/1988, de 23 de septiembre (arts. 14 y 15 del Reglamento).

4. Patrimonio

Se distingue el patrimonio propio de cada una de las entidades y los bienes cedidos por la Administración General del Estado o por entidades territoriales, o adscritos por la Tesorería General de la Seguridad Social. En cuanto a los bienes cedidos o adscritos hay que tener en cuenta su legislación específica, que es la que establece el régimen jurídico correspondiente ⁷⁹.

Los bienes inmuebles adscritos (o cedidos) serán objeto de administración ordinaria, a cuyos efectos se atribuyen a las nuevas entidades los mismos derechos y obligaciones que a las entidades gestoras de la Seguridad Social. En lo que respecta a su propio patrimonio (lo que constituye la mayor novedad) podrán adquirir, a título oneroso o gratuito, poseer, arrendar bienes y derechos de cualquier clase, que quedarán afectados al cumplimiento de sus fines. Sin embargo, como medida de control, las adquisiciones de bienes inmuebles, así como las enajenaciones y gravámenes de los mismos bienes, requerirán el previo informe favorable de la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud y el acuerdo del órgano de gobierno del centro sanitario. Por último, todos los bienes patrimoniales serán objeto de inventario, consignándose en el mismo el carácter y la procedencia de dichos bienes, así como el destino específico de los inmuebles adscritos propiedad de la Tesorería General de la Seguridad Social.

5. Personal

El régimen jurídico del personal de las nuevas entidades puede sintetizarse de la forma que se expone a continuación.

5.1. *Regla general*

La relación jurídica del personal que preste sus servicios en estas entidades tendrá la naturaleza jurídica establecida en las normas específicas reguladoras de cada una de las nuevas formas de gestión (estatutaria, laboral o funcionarial).

⁷⁹ Vid. art. 16 del Reglamento y la Ley del Patrimonio del Estado, Texto Articulado aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril, así como los arts. 80 a 85 del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y el Real Decreto 1221/1992, de 9 de octubre.

5.2. *Situación administrativa del personal que preste servicios en estas entidades*

Al personal estatutario fijo del Sistema Nacional de Salud que se incorpore a las plantillas de personal de las entidades que se constituyan con personalidad jurídica y que no pueda conservar su régimen estatutario, por estar establecido en la normativa específica otro tipo de relación jurídica (Fundaciones en mano pública, sociedades estatales y, en su caso, consorcios) les será de aplicación la reserva de plaza en el centro de origen en los términos establecidos en la legislación vigente⁸⁰. Distinto es el caso del personal estatutario de los centros sanitarios que se conviertan en Fundaciones Públicas Sanitarias o en consorcios, ya que en este caso conservarán su régimen jurídico, manteniendo inalterable su situación de servicio activo o la que, en su caso, corresponda⁸¹ (por ejemplo, la excedencia por servicios especiales).

5.3. *Incompatibilidades*

Al personal que preste sus servicios en las nuevas formas de gestión les es de aplicación la legislación sobre incompatibilidades⁸².

5.4. *Selección y provisión de puestos de trabajo*

La regla general es que la selección de personal se efectuará mediante convocatoria pública ajustada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Ahora bien, cuando se trate de personal estatutario se acomodará a sus normas específicas⁸³. En todo caso, y para garantizar la pureza de los procedimientos, se aplican las normas relativas a la abstención y recusación de la nueva Ley de Procedimiento Administrativo⁸⁴.

⁸⁰ Las Fundaciones en mano pública son las constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, y la reserva de plaza está definida en el art. 116 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social. Se trata de una situación en la que, en relación con su plaza de origen, el personal estatutario queda en situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad y durante un período máximo de tres años desde la declaración de dicha excedencia, pudiendo volver a ocupar su puesto de origen.

⁸¹ *Vid.* arts. 18 y siguientes del Reglamento.

⁸² *Vid.* Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas.

⁸³ La Ley 30/1999, de 5 de octubre, de selección y provisión de plazas de personal estatutario de los Servicios de Salud.

⁸⁴ Arts. 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5.5. *Órganos de representación del personal*

En este aspecto el Reglamento hace una remisión en bloque a la legislación vigente ⁸⁵.

6. **Órganos de gobierno y dirección**

El Reglamento establece órganos de gobierno específicos, con importantes competencias propias, dando entrada en su composición, según el tipo de entidad, a las Comunidades Autónomas, Ayuntamientos y Universidades. Se potencia la presencia de representantes de los usuarios y de los profesionales de los centros en los órganos de participación en la gestión de carácter externo e interno, que se constituirán en todas las entidades. La participación externa se lleva a cabo a través de la Comisión de Participación y Garantías de los Ciudadanos, con amplia representación de consumidores y usuarios, de organizaciones sindicales y empresariales, así como del Consejo Estatal de las Personas Mayores. La participación interna se ejerce por medio de la Junta Asistencial, órgano en el que están representados todos los profesionales que prestan servicios en el centro, con mayor presencia de aquellos que tienen más responsabilidad en el proceso asistencial. Además de la Junta Asistencial, se regulan las Comisiones Clínicas y de Cuidados, como órganos específicos de participación de los facultativos y del personal de cuidados, respectivamente, lo que constituye una importante innovación en la participación de los profesionales en la gestión de los centros sanitarios.

7. **Reclamaciones por daños y perjuicios**

Las reclamaciones que formulen los ciudadanos, encaminadas al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria prestada a través de las entidades a que se refiere el presente Reglamento, se rigen por las normas establecidas

⁸⁵ En el caso del personal laboral, los arts. 61 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. En el caso del personal estatutario, los delegados de personal y Juntas de personal previstos en los arts. 3 y siguientes de la Ley 9/1987, de 12 de junio, de Órganos de representación, determinación de las condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones públicas, modificada por la Ley 7/1990, de 19 de julio, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, y por la Ley 18/1994, de 30 de junio, por la que se modifica la normativa de elecciones a los órganos de representación del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

en materia de responsabilidad patrimonial para todas las Administraciones públicas⁸⁶. En consecuencia, las reclamaciones se dirigirán por los interesados al Instituto Nacional de la Salud, contra cuya resolución cabe recurso contencioso-administrativo⁸⁷.

La norma parte del principio consistente en que la obligación de prestar asistencia sanitaria no puede quedar sujeta a un régimen de responsabilidad distinto según el ropaje adoptado por el Instituto Nacional de la Salud. En consecuencia, se establece el mismo régimen jurídico en esta materia. Por otro lado, la consecuencia es aquí también (lo mismo que cuando no existe una nueva forma de gestión) la de que los médicos de las nuevas formas de gestión no pueden ser juzgados en la vía civil, puesto que la reclamación ha de dirigirse contra la Administración que es titular del servicio público correspondiente. Se trata, además, de una conclusión extraída de los avances legislativos, que ya lo han sancionado en el caso de los centros sanitarios concertados de acuerdo con la doctrina jurisprudencial⁸⁸ y que literalmente ha extendido la responsabilidad patrimonial de las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, a las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y a los centros sanitarios concertados por ellas, ordenando que se siga la tramitación administrativa prevista para las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial y correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso.

En definitiva, la forma de gestión del servicio público no puede cambiar el régimen público de la prestación de la asistencia sanitaria. En otras palabras, las garantías de los ciudadanos frente al Sistema Nacional de Salud no pueden variar por virtud del cambio de una simple forma, y entre estas garantías está la de exigencia de responsabilidad a las Administraciones público-sanitarias de acuerdo con lo establecido en la Constitución. Frente a lo anterior no puede prevalecer otro tipo de consideraciones, porque a ello no lo autorizan ni la instrumentalidad de la persona jurídica ni, por supuesto, el carácter público de la actividad prestacional, aunque se diga que su tráfico externo queda sujeto a normas privadas. Además, conviene recordar aquí la reiterada doctrina jurisprudencial sobre el levantamiento del velo de la personalidad de las entidades instrumentales en asuntos de responsabilidad extracontractual, porque «la personificación, como instru-

⁸⁶ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

⁸⁷ Art. 35 del Reglamento.

⁸⁸ Disposición Adicional duodécima de la Ley 4/1999, de 13 de enero, que reformó la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

mento de la potestad organizatoria de la Administración no puede utilizarse por los entes públicos para eludir el cumplimiento de sus obligaciones y derechos que consagra el ordenamiento jurídico». En fin, también es conocida la doctrina del Tribunal Constitucional que sostiene la aplicación de los mandatos constitucionales que vinculan a los poderes públicos, cuando los servicios públicos se prestan mediante persona interpuesta (como sería aquí el caso). Esto es, es ineludible aplicar aquí la responsabilidad patrimonial y la jurisdicción contencioso-administrativa. En resumen, la vestidura privada de una nueva forma de gestión (cuando sea el caso) no la hace perder su carácter de servicio público ni puede desplazar su régimen de garantías.

8. Aseguramiento de responsabilidades

El personal que preste sus servicios en las nuevas formas de gestión tendrá cubierta la responsabilidad profesional derivada de los daños y perjuicios no intencionados causados a terceros, por acción u omisión, en el ejercicio de sus funciones asistenciales. A tal fin, el centro sanitario o el Instituto Nacional de la Salud suscribirán la correspondiente póliza de responsabilidad civil que determinará los riesgos incluidos y excluidos. Se trata, en consecuencia, de extender aquí el régimen de aseguramiento existente en el ámbito del Instituto Nacional de la Salud en el momento actual.

9. Asesoramiento, representación y defensa en juicio

El asesoramiento, representación y defensa en juicio de los centros sanitarios se efectuará por Letrados pertenecientes al Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social, destinados en el Instituto Nacional de la Salud, sin perjuicio de los apoderamientos específicos que pudieran otorgarse. Se trata de una consecuencia de lo que ha quedado expuesto anteriormente, ya que la vertebración formal que se efectúa a través de las nuevas formas de gestión no tiene por qué impedir la unidad de asesoramiento, representación y defensa del servicio público.

XII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS DEL REGLAMENTO SOBRE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN

1. Fundaciones de la Ley 30/1994 (Fundaciones en mano pública)

Es importante destacar la capacidad para fundar que tiene el Instituto Nacional de la Salud, exigiéndose autorización acordada por el

Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. El acuerdo del Consejo de Ministros que autorice la creación de la Fundación aprobará inicialmente sus estatutos y se publicará en el *Boletín Oficial del Estado*. Se exige que los estatutos iniciales determinen los aspectos esenciales para cuya modificación será necesaria la autorización del Consejo de Ministros ⁸⁹.

2. Consorcios

También para los consorcios se exige autorización acordada por el Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo y, lo mismo que para las Fundaciones en mano pública, corresponde al Consejo de Ministros aprobar inicialmente sus estatutos, publicándose en el Boletín Oficial del Estado. También es obligado establecer en los estatutos iniciales los aspectos esenciales cuya modificación exige la autorización del Consejo de Ministros.

3. Sociedades estatales ⁹⁰

El Reglamento las configura como aquellas en cuyo capital sea mayoritaria o única la participación del Instituto Nacional de la Salud. En lo que se refiere a la creación y a los estatutos se rigen por las mismas normas que las mencionadas anteriormente.

4. Fundaciones Públicas Sanitarias ⁹¹

La constitución, modificación y extinción de las mismas, así como sus estatutos iniciales deben ser aprobados por acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta del Ministro de Sanidad y Consumo. También sus estatutos iniciales determinarán los aspectos esenciales para cuya modificación será necesaria la autorización del Consejo de Ministros. En cambio, el plan inicial de actuación será aprobado por la presidencia ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud ⁹². El plan se unirá al proyecto de acuerdo que proponga el Ministro de Sanidad y Consumo para su aprobación por el Consejo de Ministros.

⁸⁹ Arts. 38 y siguientes del Reglamento.

⁹⁰ Arts. 54 y siguientes del Reglamento.

⁹¹ Arts. 62 y siguientes del Reglamento.

⁹² Dicho plan se redactará de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1162/1999, de 2 de julio, por el que se regula el contenido del plan inicial de actuación de los organismos públicos, previsto en el art. 62 de Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

El personal al servicio de las Fundaciones Públicas Sanitarias tendrá vinculación de carácter estatutario y le serán de aplicación las normas relativas al personal de las instituciones sanitarias de la Seguridad Social. No obstante, podrá incorporarse a dichos entes personal que ostente vinculación de carácter funcional o laboral, cuando ya viniese prestando servicios en los centros sanitarios que se conviertan en Fundaciones Públicas Sanitarias. Por último, previo informe de los órganos de representación correspondientes, igualmente, podrá vincularse personal funcionario o laboral de nueva incorporación para la realización de funciones cuya naturaleza, por su contenido o duración, haga más adecuadas estas vinculaciones (hipótesis dotada, pues, de un carácter específico y cuasi excepcional).

Las Fundaciones Públicas Sanitarias están llamadas a transformar las instituciones sanitarias tradicionales (lo que se conoce como el núcleo duro de la Seguridad Social), si bien posteriormente analizamos el proceso de conversión, que está presidido por el carácter de voluntariedad.

XIII. EL REGLAMENTO Y LA APLICACIÓN DE NORMAS RELATIVAS AL SERVICIO PÚBLICO SANITARIO ⁹³

Establece el Reglamento, en los aspectos relativos al servicio público sanitario no regulados en la norma, que será de aplicación la normativa vigente de carácter general en esta materia para el Instituto Nacional de la Salud. Es decir, se establece un régimen supletorio de salvaguardia para dichas materias, con independencia de la vestidura jurídica que adopte la nueva forma de gestión.

XIV. EL REGLAMENTO Y LAS ESPECIALIDADES EN EL ÁMBITO DE ATENCIÓN PRIMARIA ⁹⁴

En razón de sus características, las entidades que se constituyan en el ámbito de la atención primaria incluirán todos los centros de salud de la correspondiente área sanitaria, pudiéndose crear una única entidad para la gestión de todos los centros de dos o más áreas sanitarias. Sin embargo, cuando en un área de salud exista más de un hospital, podrá constituirse más de una entidad para la gestión de los centros y servicios de atención primaria del área. Por último, para hacer frente a determinadas situaciones, se dispone que la gestión de todos los centros de un mismo área de salud, tanto de atención primaria

⁹³ Disposición Adicional primera del Reglamento.

⁹⁴ Disposición Adicional segunda del Reglamento.

como de atención especializada, podrá realizarse a través de una única entidad.

XV. EL REGLAMENTO Y LA CONVERSIÓN DE LOS ACTUALES CENTROS SANITARIOS ⁹⁵

Con la finalidad de preservar el régimen estatutario del personal que presta sus servicios en los actuales centros sanitarios, éstos sólo podrán adquirir personalidad jurídica mediante su conversión en Fundaciones Públicas Sanitarias o en consorcios (de manera excepcional) en la forma que se expone a continuación.

La conversión se realizará con carácter voluntario, previa petición de los centros, y una vez superado el proceso de conversión. Dicho proceso comprende las fases que a continuación se describen. En primer lugar, la solicitud de la gerencia acompañada de una serie de documentos (plan estratégico, acuerdo favorable de la Comisión de Dirección del centro, anteproyecto de estatutos de la nueva entidad e informe de los órganos de representación). En segundo lugar, la solicitud y documentos anteriores se dictaminan por una Comisión de Homologación de la propia Administración sanitaria. A continuación, si la resolución fuere favorable a su continuación, se propone al Ministro de Sanidad y Consumo, a través de la presidencia ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud, la conversión correspondiente, acompañando a la propuesta el plan inicial y el proyecto de estatutos. Por último, el Ministro decidirá su elevación al Consejo de Ministros, el cual resolverá en definitiva.

Conviene advertir que hay que verificar la voluntariedad del proceso de conversión mediante la acreditación de la suficiencia del consenso interno, a través de la valoración con junta y ponderada de los informes emitidos por los órganos de representación y de participación correspondientes. Se debe hacer constar el tanto por ciento de adhesión o rechazo a la conversión a fin de que sea tenido en cuenta en la valoración conjunta y ponderada que ha de hacerse. Por último, es importante destacar que se constituye una Comisión Paritaria, que conoce e informa con carácter previo a su aprobación los proyectos de creación o conversión de los centros sanitarios y la aprobación de los correspondientes estatutos. Dicha Comisión Paritaria se integra por la Administración y las organizaciones sindicales presentes en la Mesa Sectorial de Sanidad.

⁹⁵ Disposición Adicional sexta del Reglamento.



**XVI. EL REGLAMENTO Y LAS ENTIDADES
CONSTITUIDAS AL AMPARO
DEL REAL DECRETO-LEY 10/1996,
DE 17 DE JUNIO ⁹⁶**

El Reglamento se aplica a dichas formas de gestión, las cuales deberán adaptar el contenido de sus estatutos a lo dispuesto en dicha normativa, en el plazo máximo de seis meses (en concreto, las Fundaciones «Hospital Manacor» y «Hospital Alcorcón»).

⁹⁶ Disposición Adicional novena del Reglamento.

LAS EXPERIENCIAS DE GESTIÓN EN LOS SERVICIOS SANITARIOS PÚBLICOS DE ANDALUCÍA

Norberto SANFRUTOS VELÁZQUEZ
Economista

SUMARIO: I. PRESENTACIÓN.—2. LA ESTRUCTURA DE PRODUCCIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS EN ANDALUCÍA. SITUACIÓN INICIAL, PROCESO SEGUIDO Y SITUACIÓN ACTUAL.—III. LAS INNOVACIONES EN MATERIA DE GESTIÓN EMPRENDIDAS EN LA JUNTA DE ANDALUCÍA.—1. Una necesidad sentida desde el primer momento.—2. El cambio de 1990.—3. Una opción rechazada desde casi el primer momento.—4. Las áreas sanitarias.—5. Las empresas públicas en el ámbito sanitario de Andalucía.—6. Las innovaciones de gestión dentro del SAS.—7. Un intento de valoración global de las innovaciones en gestión en los servicios sanitario públicos de Andalucía.—IV. PARA TERMINAR.

I. PRESENTACIÓN

Agradezco a los organizadores la invitación realizada para participar en esta mesa redonda sobre «**Experiencias autonómicas y perspectivas de futuro**» en el contexto de estas Jornadas dedicadas a *La Organización de los Servicios Sanitarios Públicos*.

He de aclarar previamente que aunque siga preocupándome por los temas sanitarios, mi única vinculación actual con la sanidad se reduce a pertenecer al **Consejo Asesor de Salud** de Andalucía, órgano colegiado de asesoramiento al Consejero de Salud de la Junta de Andalucía,

y mantener una relación de profesor colaborador con la **Escuela Andaluza de Salud Pública**.

Mis opiniones, pues, **no representan necesariamente las opiniones oficiales** de la Junta de Andalucía al respecto sino tan sólo las de alguien al que le ha tocado vivir la gestión directa de la Administración Sanitaria de la Junta. Desde su creación en 1982, con el primer gobierno autonómico, he tenido la suerte de estar vinculado a ella, tanto en la esfera de la planificación y la macrogestión en el período 1982-1993 como en la microgestión en el período comprendido entre 1993 y 1998.

Me siento **corresponsable de los errores cometidos** —que han sido bastantes— durante este tiempo pero **también de los aciertos** y soy de los que opinan que el **balance general ha de ser calificado de positivo** con un notable alto. Espero que mis comentarios críticos a algunas actuaciones emprendidas por la Junta de Andalucía en el último período sean analizados desde una óptica constructiva¹ en un intento de dotar a los servicios sanitarios públicos de las mejores estructuras de gestión que posibiliten un mejor servicio a los ciudadanos.

Aunque comprendo que no es lo normal creo que «no por discrepar se es enemigo», sino todo lo contrario. Por ello parto de la base de que es necesario salir de la **estrategia paralizante** y que sólo interesa a los iniciados y al colectivo muy cercano al sistema sanitario, muchas veces debido más a la defensa de sus propios objetivos e intereses que a los de la propia sociedad, y en la mayoría de los casos con un **acceso cualificado a los servicios sanitarios**², cuando no teniendo sus riesgos sanitarios cubiertos por la Entidad aseguradora de los funcionarios de la Administración central del Estado que les permite elegir en cada momento la proveedora de servicios sanitarios más acorde con sus necesidades.

Es necesario salir de esta estrategia en las que se ha estado en los últimos años porque no lleva a ninguna parte. Esto no quiere decir que obviemos que los servicios públicos en general y la sanidad en particular siempre estarán en el centro del debate político y las ideas divergentes estarán a la orden del día.

Soy de los que opinan que hemos perdido el tiempo y las energías discutiendo sobre si determinadas formas de gestión de los servicios sanitarios públicos suponen el **inicio de la privatización del sistema, la introducción del mercado o la mercantilización de la sanidad** porque en el fondo estoy bastante de acuerdo con el profesor ALBI cuando afirma que «tanto el mercado como el Estado son organizaciones

¹ Estos criterios los he mantenido igualmente en el Consejo Asesor de Salud y en otras Comisiones oficiales a las que he pertenecido.

² Es conocido de todos que el acceso a los servicios sanitarios públicos no es el mismo para un sanitario o una persona con alto nivel cultural y buenas relaciones con el sector que para el resto de los ciudadanos.

imperfectas para satisfacer las necesidades humanas» y que «no es lógico enfrentarlos sino combinarlos para obtener el mayor bienestar»³.

Voy a centrar mi intervención en dos partes. La primera la dedicaré a describir brevemente la situación de partida, el proceso seguido en su formación y la situación actual de los servicios sanitarios públicos en Andalucía. Creo que sin esto es imposible **comprender las peculiaridades de las «innovaciones de gestión»** emprendidas por la Junta de Andalucía durante esta década. Seguidamente contaré estas experiencias lo más brevemente para resaltar sus aspectos positivos y negativos, entremezclando datos objetivos con mis opiniones al respecto.

II. LA ESTRUCTURA DE PRODUCCIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS EN ANDALUCÍA. SITUACIÓN INICIAL, PROCESO SEGUIDO Y SITUACIÓN ACTUAL

Hablar de **servicios sanitarios públicos en Andalucía** es sinónimo de **servicios sanitarios** y si me apuran es hablar del **Servicio Andaluz de Salud (SAS)**. El raquitismo de la oferta privada de servicios sanitarios es conocida de todos y el área «fuera SAS» es bastante pequeña. Se reduce a gestionar, junto a las funciones típicas de dirección y servicios generales, una parte de la actividad concertada, aquella que se realiza mediante convenios de vinculación, y el área de las empresas públicas sanitarias.

Utilicemos como índices los relacionados con la actividad hospitalaria, que es la rama más importante de los servicios sanitarios en lo que a consumo de recursos se refiere. En 1982, poco antes de las transferencias sanitarias, el número de centros existentes en Andalucía era de 127 centros con 21.570 camas. De ellos 56 centros y 15.910 camas eran públicos distribuidos entre INSALUD (17 centros y 9.532 camas), AISN (11 y 1064), Corporaciones Locales (26 y 3533) y Ministerio de Educación (2 y 1.779), prácticamente los únicos concertados por la Seguridad Social en aquellos momentos junto a los hospitales dependientes de las Diputaciones.

Los privados eran 71 con 5.660 camas, de las cuales 20 y 2.055 eran sin ánimo de lucro repartidos entre la Cruz Roja y otras instituciones y el resto privados sin ánimo de lucro.

A finales de la década de los noventa, el número de centros ronda la cifra de 95 y en torno a las 23.000 camas. Los públicos están todos concentrados en el SAS⁴, pues en él se han integrado tanto los per-

³ *Público y privado: un acuerdo necesario*, Barcelona, Ariel, 2000.

⁴ Evidentemente exceptuados los hospitales gestionados como empresas públicas que pertenecen a la Consejería pero que en conjunto no superan las 600 camas.

tenecientes a las AISN como a las Corporaciones Locales e incluso algunas Instituciones privadas como la Fundación Oncológica Duques del Infantado o gran parte de los pertenecientes a la Cruz Roja Española.

El sector privado ha visto reducir sus efectivos tanto en número de centros como en número de camas, aunque hay que reconocer que la reducción se ha producido fundamentalmente en la parte de los «sin ánimo de lucro» como consecuencia de esa integración en lo público de determinadas instituciones dependientes de este subsector privado. El resto del sector privado está viviendo en estos momentos un pequeño auge que creemos que seguirá en el futuro.

Si lo analizamos desde la **óptica de la cuenta de explotación de la actividad hospitalaria en Andalucía**, de una suma total de 434.949 millones de pesetas de «volumen de negocios», el 91 por 100 (395.379) corresponde a la actividad de los hospitales públicos y tan sólo el 9 por 100 (39.570 millones) a la actividad hospitalaria privada.

Si lo vemos desde la óptica de la **financiación de los gastos de la actividad hospitalaria en Andalucía**, la conclusión es la misma: la financiación es pública en torno al 86 por 100 y en su mayor parte del SAS (81,09 por 100) y privada en torno al 14 por 100 distribuidos entre entidades privadas, con un 10,4 por 100, y los propios pacientes, con un 3,6 por 100.

No es momento de analizar en profundidad las razones de esta concentración de la actividad de provisión de servicios sanitarios en Andalucía sino sólo de constatar el hecho. Pero sí señalar que las razones hay que buscarlas, principalmente, en la Ley General de Sanidad y en las propias normas autonómicas como la Ley de creación del Servicio Andaluz de Salud o la Ley de Diputaciones y en la voluntad decidida de cumplir en Andalucía la creación de una **«red integral e integrada de servicios sanitarios públicos»**.

Habría que dejar para estudios posteriores **por qué se extendió esta integración a hospitales privados** de tanta solera como los pertenecientes a la Cruz Roja, a la Asociación Española contra el Cáncer o a la prestigiosa Fundación Benéfica dependiente de la pionera Caja de Ahorros de Ronda, hoy integrada en Unicaja.

Si cogemos los presupuestos que la Junta de Andalucía dedica a Sanidad en el año 2000, su gestión corresponde en un 94 por 100 al Servicio Andaluz de Salud, repartiéndose el resto entre la Consejería de Salud, un 3,6 por 100, y las empresas públicas sanitarias, un 2,4 por 100.

En este contexto es difícil objetivamente el hablar de cierta terminología relacionada con competencia y mercados en asistencia sanitaria y, más difícil aún, si el discurso oficial es totalmente contrario

al mismo. Las innovaciones en materia de gestión han estado y están condicionadas por esta situación aunque los intentos han sido mayores de los que finalmente se han llevado a la práctica.

Resumiendo, en Andalucía tenemos unos servicios sanitarios eminentemente públicos y concentrados en el Servicio Andaluz de Salud. Esto tiene aspectos positivos —mayores posibilidades de planificación y cooperación— pero también negativos, entre los que destacaría la desresponsabilización política, social y financiera del resto de las Administraciones que antes tenían competencias de servicios sanitarios.

La nueva Ley de Salud de Andalucía, aprobada en mayo de 1998, pero sin ningún desarrollo reglamentario a fecha de hoy, abre muchas perspectivas pero habrá que esperar al nuevo equipo que se forme tras la constitución del nuevo gobierno de Andalucía, ya que el actual responsable de la sanidad andaluza ha decidido no continuar.

III. LAS INNOVACIONES EN MATERIA DE GESTIÓN EMPREDIDAS EN LA JUNTA DE ANDALUCÍA

Entre los principios generalmente aceptados en el mundo de los sanitarios, podemos destacar dos: **el convencimiento de que la eficacia y eficiencia a nivel macro —resultados globales relacionados con los recursos que se dedican al mismo— es positiva y superior en los Sistemas de Salud con financiación pública que en aquellos sistemas donde el porcentaje de financiación es mayoritariamente privado.** Menos consenso existe entre la relación eficacia y eficiencia con otros parámetros distintos a la financiación —v. gr., separación de funciones, competencia entre aseguradoras, provisión privada de servicios, etc.

El segundo de los principios generalmente aceptado es **la relativamente escasa eficiencia —que no tanto la eficacia en los tratamientos— a nivel micro**⁵, es decir, a nivel de gestión de centros y servicios sanitarios sean éstos áreas o distritos sanitarios, hospitales o centros de salud.

Tan cierta es esta segunda aseveración que prácticamente todos los Servicios Regionales de Salud han iniciado experiencias para lograr aumentar esta eficiencia micro o lograr una mayor productividad en la utilización de los recursos.

Radicalismo selectivo, experiencias al margen o pruebas de laboratorio han aparecido en todas las CCAA. Se han probado empresas

⁵ Con todo esta aseveración puede ser puesta en entredicho. Los que hemos tenido la ocasión de comparar otras áreas de producción pública de bienes sociales distinta de la sanidad, podemos dar fe de la gran profesionalidad y buen hacer de los gestores sanitarios comparándolos con los de otros sectores.

públicas tanto en Andalucía (HCS, Hospital de Poniente, EPES, EASP) como en Galicia, Canarias y Cataluña por tan sólo citar Comunidades gobernadas con distintas opciones políticas. Pero también Fundaciones (Andalucía, INSALUD-Gestión Directa, etc.) o servicios sin personalidad jurídica pero con un intento de dotarlos de mayor autonomía presupuestaria o de gestión (áreas sanitarias de Osuna en Sevilla o la Sierra Norte de Córdoba).

Estas experiencias no sólo se han centrado en los hospitales sino en algunos servicios clínicos con la introducción de mayor autonomía (empresas virtuales) o la conversión en empresas públicas (algunos servicios de diagnóstico por la imagen, nuevas tecnologías, etc.). Pero concentrémonos en la experiencia andaluza.

1. Una necesidad sentida desde el primer momento

Desde el mismo comienzo del proceso autonómico, los responsables sanitarios de Andalucía **sintieron la necesidad de experimentar nuevas formas de gestión en los servicios sanitarios**⁶, aunque también es cierto que esta necesidad tan sólo se materializó con la creación en 1985, por Acuerdo del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía de 2 de mayo, de una sociedad mercantil anónima en la que la participación de la Junta de Andalucía era mayoritaria [art. 6.1.a) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Junta de Andalucía].

El objeto de esta sociedad lo constituyó el establecimiento de las estructuras básicas que posibilitasen la formación y especialización de profesionales en el campo de la salud pública y de la Administración sanitaria de forma que pudieran responder adecuadamente a las necesidades de los Servicios de Salud, no sólo del andaluz sino también para el de otras CCAA e incluso países de habla hispana.

Enseñanza, asesoramiento e investigación han sido las principales actividades que ha tenido la Escuela Andaluza de Salud Pública desde su constitución en 1985.

A pesar de que **nadie ha puesto en entredicho el grado de consecución de los objetivos por parte de esta empresa con participación mayoritaria pública**, es decir, a pesar de sus buenos resultados, la experiencia no se extendió a más servicios. Intentos para extender la experiencia a otros servicios como la Red de Centros de Hemoterapia, Documentación Clínica y un largo etcétera los hubo pero, por diferentes razones, ninguno llegó a buen puerto.

⁶ En el denominado «Documento de Murcia», un trabajo realizado para la Sanidad de la Región de Murcia por el que poco tiempo después fue primer Consejero de Salud de Andalucía, ya se recoge esta necesidad. El citado documento se puede considerar como el «manual» utilizado por el primer equipo que tomó las riendas de la sanidad andaluza tras la constitución del primer Gobierno autonómico en 1982.

2. El cambio de 1990

No es hasta 1990 debido, por una parte, a que en ese momento se ha concluido prácticamente el proceso de integración de todas las redes sanitarias existentes en el Servicio Andaluz de Salud y, por otra, no hay que olvidar que es el momento en el que se pone de moda entre los sanitarios, por la difusión de determinados informes, **todo lo relacionado con los mercados en el ámbito sanitario**, cuando de nuevo parece necesario poner en marcha nuevas experiencias en Andalucía encaminadas a probar diversas fórmulas de gestión y en diversos contextos.

La filosofía subyacente era que parecía necesario probar **nuevos instrumentos de gestión** tanto en el propio ámbito de la gestión del SAS como en un ámbito fuera del mismo **con el ánimo de desmonopolizar** los servicios sanitarios públicos andaluces totalmente concentrados en un solo organismo. Así se planteó ⁷:

— Crear **áreas sanitarias integradas** en comarcas concretas y dotarlas de un régimen de gestión diferenciado respecto al resto de las instituciones dependientes del SAS.

— Intentar que la mayoría de los hospitales nuevos tomasen la fórmula prevista en el art. 6.1.b) de la Ley de la Hacienda y se constituyesen como «**entidades de Derecho público con personalidad jurídica que, por ley, han de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado**».

— Probar **algún modelo de gestión más atrevido** como podrían ser «**algunas modalidades de concesión administrativa**» o los «**contratos de gestión**» con empresas especializadas en el ramo o con cooperativas de profesionales para alguna área sanitaria.

— Innovar la gestión interna del Servicio Andaluz de Salud con la introducción de la filosofía de los «**contratos programas**», como forma de vincular la Administración con el SAS y de éste con las instituciones de él dependientes, y otras innovaciones como las auditorías *a posteriori* de la gestión de los hospitales, los sistemas de incentivos, etc.

La idea era, en aquel momento, **monitorizar todas estas experiencias para poder evaluarlas y determinar cuál era la óptima**, es decir la que ofreciese mejores servicios a un menor coste o más y mejores servicios al mismo coste que las existentes. De esta manera se extenderían progresivamente al resto de los servicios sanitarios las que obtuviesen mejores resultados.

⁷ Véase a este respecto la intervención del entonces Director General de Programación Económica y Financiera de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía en el centenario del Hospital de la Santa Cruz de Reus, *Guía Sanitaria*, núm. 171, 15-21 de enero de 1991.

3. Una opción rechazada desde casi el primer momento

La tercera alternativa, **concesiones y empresas de gestión**, fue casi inmediatamente excluida después de algunas conversaciones con empresas del sector como consecuencia de los cambios en la forma de pensar de los políticos sanitarios del momento, más convencidos de que la mejor forma de ejercer la *auctoritas* y el control de calidad de los servicios prestados a los ciudadanos era a través del nombramiento directo de los gerentes de estos centros, opción imposible si se optaba por empresas privadas de gestión, dado que éstas, al asumir el riesgo, querían evidentemente controlar la mejor combinación de recursos para prestar los servicios que se les exigiera en el contrato de gestión o en la concesión administrativa.

En el fondo no creo que los motivos fuesen ideológicos sino de control y de pensar que la mejor forma de gestionar servicios es colocando a su frente a los que son de su misma cuerda (clientelismo).

4. Las áreas sanitarias

La primera de las opciones, las áreas sanitarias, se han experimentado en tres lugares: la Comarca de Osuna, la Zona Poniente de Almería y la Sierra Norte de Córdoba. El escaso tiempo de la última y el cambio del área de Poniente a empresa pública no permiten aún evaluar estas últimas experiencias.

Sí se pueden sacar impresiones respecto al área de Osuna. Impresiones porque datos publicados no conocemos. La impresión general es que ha sido positiva en lo que a la parte sanitaria se refiere por cuanto que la integración vertical, es decir, la administración conjunta de todo el proceso sanitario desde la salud pública, pasando por la primaria, la especializada y la hospitalaria ha permitido buenos resultados y una mayor satisfacción en la población atendida. Quizás hubiera hecho falta integrar también la atención social pero la «asimetría de derechos» existente en los dos ámbitos así como la dependencia de Consejerías distintas no lo ha permitido hasta ahora.

Sin embargo, las escasas innovaciones, por no decir nulas, habidas en las materias dirigidas a conseguir una menor burocratización en la gestión o una mayor flexibilización en las áreas presupuestarias, de tesorería y de personal no permiten evaluar este tipo de «forma de gestión» y compararla con el «servicio o sección presupuestaria pura y dura» que es el Servicio Andaluz de Salud o cada una de las instituciones sanitarias que lo integran, así como con el resto de las nuevas fórmulas jurídicas de gestión de servicios sanitarios.

La única novedad respecto al resto es que el área aparece globalmente presupuestada dentro del programa de Asistencia Sanitaria junto a hospitales, distritos de atención sanitaria, otros servicios y los fondos adicionales o de cohesión y actúan como un centro de gasto al igual que un hospital o distrito. En cualquier caso para el año 2000 van a gestionar 13.713 millones de un total de 521.519 millones dedicados a Asistencia Sanitaria por el SAS en su conjunto, es decir, un escaso 2,63 por 100 del total frente al 71 por 100 de los hospitales y el 19 por 100 de los distritos de atención primaria.

Hay que reconocer que esta fórmula nació con mal pie al no ser aceptada por la mayoría gobernante en ese momento en la Consejería de Salud, que prefería como ámbito mejor el de la empresa pública a priori frente a los que defendían que era necesario probar fórmulas innovadoras dentro de los ámbitos tradicionales de gestión pública. Muchos pensaron en aquel momento que la batalla estaba perdida desde el principio de la experiencia.

5. Las empresas públicas en el ámbito sanitario de Andalucía

La actuación innovadora en lo que respecta a la forma de gestión se ha centrado, pues, en la creación de **empresas públicas**. Se pensó y se sigue pensando que ésta es la mejor forma de descentralizar la administración y gestión de la prestación sanitaria, pues esta fórmula jurídica se adecua mejor a la gestión de servicios sanitarios al garantizar el carácter público de la prestación en su ámbito geográfico y poblacional. Se reconoce que «razones de naturaleza, organización, régimen de actividad, funciones y objetivos a cumplir, permiten a estas organizaciones lograr una equilibrada combinación entre las técnicas privadas y públicas de administración»⁸.

Así a la ya existente, aunque acogida al apartado a) de la Ley de Hacienda, se unieron en 1992 la Empresa Pública Hospital Costa del Sol, creada por la Ley 4/1992, de 30 de diciembre, y el Decreto 104/1993, de 3 de agosto, para atender el área hospitalaria de la Costa del Sol Occidental.

En 1994 se crea la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias (Ley 2/1994, de 24 de marzo, y Decreto 104/1993, de 3 de agosto) para gestionar el 061 en Andalucía. En 1996 por la Ley de Presupuestos del 1997 se crea la Empresa Pública del Poniente de Almería para gestionar el Hospital del Egido y el pasado año, por la Ley 11/1999, de 30 de noviembre, se crea la Empresa Pública Hospital del Alto Guadalquivir para gestionar el hospital construido en Andújar, que lleva escasamente un par de meses en funcionamiento.

⁸ Cifras y datos 1998, Sevilla, Consejería de Salud Junta de Andalucía, 1999.



Hoy se puede decir que el 2,4 por 100 de los recursos presupuestarios sanitarios públicos está siendo gestionado con estas fórmulas de gestión, habiéndose pasado de gestionar unos 1.000 millones en 1990 a los 20.000 millones previstos en el presente ejercicio.

El resto de los recursos, es decir 790.000 millones, se gestionan con las técnicas tradicionales de la Administración Pública, bien por la Consejería —unos 30.000 millones— o por el Servicio Andaluz de Salud, unos 760.000 millones, aunque hay que reconocer que también en este ámbito se han realizado innovaciones como veremos mas adelante.

La trayectoria de gestión de las empresas públicas ha ido modificándose a lo largo de la década. Su grado de autonomía y su «mayor flexibilización» para gestionar recursos ha ido perdiendo fuerzas. Las consecuentes Leyes de Presupuestos han ido poniendo límites a esa mayor flexibilidad pero sobre todo a partir de las modificaciones introducidas en la Ley de Acompañamiento a los Presupuestos de 1998 que introduce importantes modificaciones a la Ley de la Hacienda Pública de Andalucía tanto en lo referido al ámbito presupuestario de las empresas públicas como al control que sobre las mismas ejercerá la Consejería de Economía y Hacienda, sobre todo en lo que respecta a la situación de activos y pasivos financieros a fin de lograr una mejor coordinación de la política financiera de la Junta de Andalucía y en lo referido a las operaciones de endeudamiento y transferencias corrientes de las mismas.

Este cambio se materializa en el Decreto 9/1999, de 19 de enero, de la Consejería de la Presidencia, sobre régimen presupuestario, financiero, de control y contable de las empresas de la Junta de Andalucía.

Han oído bien, no me he equivocado. He dicho **Consejería de la Presidencia y no de Hacienda** como hubiera sido lógico al tratarse de una materia específica de contabilidad y gestión, lo que nos puede dar una idea de que la elaboración de la norma no fue precisamente pacífica.

Porque aunque su objeto formal es «superar la concepción de los programas como obligación formal... para configurarlos como instrumento de planificación a través del cual debe discurrir la actividad empresarial pública», en la práctica se traduce, en primer lugar, en un mayor control de Hacienda sobre todo para aquellas empresas que «en virtud de su normativa específica puedan concertar operaciones financieras», lo que se da en todas las empresas públicas sanitarias.

A partir de este Decreto han de solicitar previamente permiso a la Consejería de Hacienda antes de cualquier operación financiera, amén que las empresas públicas sanitarias tienen limitado por ley su posibilidad de endeudamiento vivo en el 12 por 100 de su presupuesto

de ingresos de explotación y a través de operaciones de crédito por plazo inferior al año y con el objeto de cubrir sus necesidades de tesorería⁹.

También se traduce en la práctica en el **establecimiento del control financiero permanente** bien a través de auditorías externas o pasando el personal de auditoría propio de las empresas públicas a depender funcionalmente de la Intervención General. El carácter de los informes emitidos por estos auditores es semejante al que se estableció para algunos hospitales del SAS en 1993.

En la larga marcha por la **búsqueda de una mayor eficiencia en la gestión de los recursos públicos** que ha pasado por experimentar fórmulas novedosas o menos rígidas que las de la Administración central pura y dura —léase Administración institucional, entidades gestoras de la seguridad social, empresas públicas, fundaciones públicas, etc.—, siempre se ha acabado aplicando a estas nuevas fórmulas los mismos corsés burocráticos que para la Administración de la que se querían desgajar.

No es que no **estemos de acuerdo con los debidos controles o con las auditorías**, pero opino que han primado siempre más los propios intereses corporativos —el poder social de cada cuerpo— que una mejor gestión de los recursos públicos aunque todos lo hacían, evidentemente, en aras de un mejor servicio a los ciudadanos pero no dándole mucho protagonismo a éstos para que opten por el servicio que más garantía les dé y al menor coste.

¿Qué balance podemos hacer en este momento de la actuación de las empresas públicas sanitarias? Estudios comparativos publicados entre hospitales de la misma dimensión gestionados por empresas públicas y por la Administración directa no existen o no están disponibles para los analistas. Por otra parte, el único que lleva suficiente tiempo para tener visión histórica es el Hospital de la Costa del Sol y la Empresa Pública de Emergencias sanitarias.

La peculiaridad del Hospital del Egido que previamente fue área sanitaria y, por tanto, centro de gasto del SAS, lo que provocó serias dificultades en su puesta en marcha, no permite aún hacer comparaciones. Y el del Alto Guadalquivir ha comenzado a funcionar este año. Más difícil aún es hacer una valoración global de la Empresa Pública de Emergencias Sanitarias.

La impresión es que **hacen lo mismo a un coste un poco menor y con mayor satisfacción del usuario**. En el Hospital de la Costa del Sol se cuenta como anécdota que la madre de un importante político de Izquierda Unida, opuesta a este tipo de experiencias, que era aten-

⁹ Art. 23 de la Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2000.

dida en el área del Hospital de Marbella, le decía a los responsables del Hospital que hablaría con su hijo para que supiera lo bien que funcionaba y lo bien que atendían a los usuarios.

La experiencia es, pues, positiva. Respecto a lo del «menor coste» yo tan sólo me hago una pregunta: **¿cómo lo hubiera hecho un hospital del mismo tamaño si hubiera tenido asignación presupuestaria real, tesorería propia y disponibilidad legal para endeudarse a corto plazo y hacer frente a los proveedores con la debida diligencia?**¹⁰.

Sólo esto, sin hablar de que comenzaban *ex novo*, de la flexibilidad en la contratación del personal o en la política de remuneraciones y fijación de incentivos a su personal. **Siempre nos quedará la duda razonable de pensar si estos «centros de gastos» puramente administrativos no lo hubieran hecho al menos igual.** ¿Tan difícil es hacer las reformas en el ámbito presupuestario y de personal de los hospitales públicos como para no hacerlas y así poder comparar ambos tipos de experiencias?

6. Las innovaciones de gestión dentro del SAS

Desde que termina el proceso de integración de redes y especialmente como consecuencia del nuevo Consejo de Gobierno que se constituye en Andalucía a partir de julio de 1990, se considera que hay que «cambiar» los servicios sanitarios andaluces y trabajar en tres líneas: ampliar los recursos sanitarios privados, introducir nuevas estructuras públicas sanitarias paralelas al SAS, ambas medidas encaminadas a acabar con el práctico monopolio de provisión en el que se había convertido el SAS, e **introducir nuevas fórmulas de gestión en el mismo para acabar con la filosofía de «gestora de la Seguridad Social»** que aún impregnaba la mayor parte de sus actuaciones.

Así, en la anteriormente citada participación en el centenario del Hospital de la Santa Cruz de Reus se puede leer que «tenemos un sistema sanitario que se ha caracterizado por una gran centralización de decisiones. Centralización, consecuencia o secuela del viejo concepto de **control, vigilancia y tutela** que las normas asignaban a la Administración Central respecto a los entes gestores de la Seguridad Social... pero al mismo tiempo es el sistema mas descentralizado de gestión que existe en la Administración Pública española: el número de personas con capacidad para tomar decisiones es muy amplio. En concreto en Andalucía más de 17.500 personas tienen capacidad de

¹⁰ Es conocido el comentario de muchos funcionarios de los Servicios Centrales del SAS cada vez que se creaba algo nuevo con nueva forma de gestión. Se iban bien dotados presupuestariamente, dejando cada vez más en precario al resto de los servicios.

tomar decisiones con un alto contenido económico pues afecta a más del 20 por 100 del presupuesto sanitario»¹¹.

Ante este panorama, poca eficacia tienen los informes previos de la administración tutelante o la fiscalización previa de la administración financiera, por lo que «se hace necesario encontrar nuevas formas de tutela y control que bien podrían ser los contratos programas —regulados en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de 1977— y las auditorías de gestión. Ambos instrumentos flexibilizan la gestión y permiten una mayor descentralización de las decisiones». Aunque también se decía que para utilizar estos instrumentos se exigían condiciones previas, **«un nivel técnico de gestión importante que permita la dirección por objetivos y el control por resultados y, en segundo lugar, un buen sistema de información»**¹².

La buena labor formativa realizada por la Escuela Andaluza de Salud Pública así como la puesta en marcha de los nuevos sistemas de información económica y asistencial en el SAS permiten abordar estas cuestiones y así **en 1993 se generaliza la realización de contratos programas entre la Consejería de Salud y el SAS y entre el SAS y sus instituciones: hospitales, distritos y áreas sanitarias.**

La metodología y la forma de elaboración de los contratos programas ha ido cambiando a lo largo de la década y perfeccionándose cada vez más, de tal manera que hoy se puede decir que es una metodología habitual de vinculación entre el regulador y el proveedor.

La sustitución de la intervención previa por el **control financiero permanente** ha jugado también un papel importante a la hora de flexibilizar la gestión y no ha provocado, como algunos temían, abusos en la gestión de los caudales públicos o al menos no más de los que se pueden cometer con la fiscalización previa de los actos administrativos.

Es también a partir de ese momento cuando se inicia el **Sistema de Incentivos a los Directivos** que también ha ido modificándose a lo largo del tiempo. Sería muy prolijo explicarlos pero se basan en la idea de introducir **«cierto grado de competencia»** entre los directivos para lograr mejores resultados y conseguir mejor los objetivos que le ha asignado la **«dirección corporativa»**.

A partir de 1998 y con la nueva Ley de Salud de Andalucía¹³ se abre una nueva etapa en lo que a gestión de los servicios sanitarios en general y a los públicos en particular se refiere. A partir de esta Ley el Sistema Sanitario Público queda definido como «el conjunto

¹¹ *Guía Sanitaria*, núm. 171, enero de 1991.

¹² *Ibid.*

¹³ Ley 2/1998, de 15 de junio, aprobada por el Parlamento de Andalucía el 27 de mayo de 1998.

de recursos, medios organizativos y actuaciones de las Administraciones Sanitarias públicas de la Comunidad Autónoma o vinculadas a las mismas, orientados a satisfacer el derecho a la protección a la salud a través de la promoción de la salud, prevención de las enfermedades y atención sanitaria»¹⁴.

Asimismo establece que estará compuesto por:

— «Los centros, servicios y establecimientos sanitarios públicos integrados en el SAS o adscritos al mismo.»

— «Los centros, servicios y establecimientos sanitarios de organismos, empresas públicas o cualesquiera otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, adscritas a la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía.»

— «Los centros, servicios y establecimientos sanitarios de las Diputaciones, Ayuntamientos y cualesquiera otras Administraciones territoriales intracomunitarias.»

— Podrán formar parte del Sistema Sanitario Público de Andalucía tanto los centros, servicios y establecimientos de otras Administraciones y en general todos los que se adscriban al mismo en «virtud de un convenio singular de vinculación»¹⁵.

Es importante destacar que el art. 63 permite a la Consejería de Salud utilizar cualquier fórmula de gestión por cuanto que las funciones que se le encomienda por la Ley podrá ejercerlas directamente o mediante los organismos, entes o entidades que sean competentes o puedan crearse al efecto. Se citan: acuerdos, conciertos, convenios, consorcios, etc., siempre que sean de naturaleza pública o privada sin ánimo de lucro, pero deja una puerta abierta al decir que podrá «participar en cualesquiera otras entidades públicas admitidas en Derecho, cuando así convenga a la gestión de los servicios públicos». El art. 66 extiende todo esto al SAS.

En definitiva, se trata de concebir el Sistema Sanitario Público como algo más amplio que el SAS, algo que en la práctica se había iniciado con la creación de las empresas públicas o la asunción de determinadas competencias de concertación por parte de la Consejería de Salud.

Aunque gestándose en paralelo al proceso de elaboración de la Ley de Salud de Andalucía y al II Plan de Salud de Andalucía, el **Plan Estratégico del SAS (PES)** opta también por «innovar lo público» y «avanzar por tres nuevos valores públicos emergentes: la mayor legitimación social entre los andaluces, la alta calidad profesional y la eficiencia»¹⁶.

¹⁴ Art. 43 de la Ley 2/1998.

¹⁵ Art. 45 de la Ley 2/1998.

¹⁶ C. MARTÍNEZ AGUAYO, *El País*, 6 de mayo de 1999.

Y así entre los tres retos que se plantea el PES, juega un papel importante el «consolidar, innovándolo, el Sistema Sanitario Público» junto a «trasladar poder al ciudadano» y «otorgar mayor autonomía al profesional».

No se olvidan en el PES las áreas sanitarias, ya que en su medida 17 establece que se mantendrá «las líneas de producción, sistemas de información y de organización de la asistencia en los modelos de gestión integrada de los recursos»¹⁷.

La institucionalización de las **Unidades de Gestión Clínica**, para hacer efectivo el principio de «**contar con los profesionales**», es, con todo, la principal novedad del PES, de acuerdo con una de las líneas estratégicas establecidas en el II Plan Andaluz de Salud que consistía en «establecer los mecanismos que permitan la autonomía en la gestión de las unidades clínicas, con responsabilidad en la gestión de los recursos, y el desarrollo de mecanismos de incentivación en función de los objetivos alcanzados»¹⁸.

Su implantación se ha iniciado a lo largo de 1999 y aún es pronto para evaluar su funcionamiento. Con todo es necesario decir que es una fórmula algo descafeinada de la autonomía de gestión por cuanto las posibilidades reales de negociación de estas unidades es más bien escasa.

7. Un intento de valoración global de las innovaciones en gestión en los servicios sanitario públicos de Andalucía¹⁹

Sería conveniente realizar una valoración de los diferentes instrumentos o formulas innovadoras que se han utilizado, pero tenemos que volver a decir que **no hay datos, al menos publicados en lugares de acceso general, que proporcionen resultados comparativos de las diferentes formas de gestión que se han utilizado en los servicios sanitarios públicos andaluces** y me atrevería a decir de otras Comunidades Autónomas. No creo que sirvan las opiniones de los más directamente implicados en las innovaciones o las de las empresas asesoras de las mismas. Yo creo que la sociedad debe conocer los datos sobre los resultados de las distintas formas de gestión para poder hacer evaluaciones.

Hasta tanto llegue ese momento, nos tenemos que mover en el terreno de las «**impresiones**» sobre lo que está ocurriendo y eso es

¹⁷ Plan Estratégico del SAS, Sevilla, 1999, p. 119.

¹⁸ II Plan Andaluz de Salud, Consejería de Salud, 1999, p. 197.

¹⁹ No he mencionado la Fundación Salud y Progreso porque su actuación es instrumental y marginal, así como la Agencia de Evaluación Tecnológica porque ni su presupuesto la hace significativa —36 millones para el 2000—, ni la forma de gestión es innovadora sino una unidad administrativa más.

lo que vamos a hacer a continuación en este intento de valoración global.

Me voy a limitar a las experiencias llevadas a cabo en Andalucía porque lo he seguido más de cerca y a aquellas experiencias con tiempo suficiente de funcionamiento como para poder tener algo de perspectiva histórica. Me estoy refiriendo a la EASP, el Hospital de la Costa del Sol, la Empresa de Emergencias Sanitarias, las áreas sanitarias, los contratos programas y los sistemas de incentivos a los directivos.

Todas estas entidades «actúan en régimen de entidades de Derecho público, con sujeción a sus propias normas especiales en lo referente a su estructura y funcionamiento: a la Ley 13/1995 y posteriores modificaciones de Contratos de la Administración Pública y su reglamento; a la Ley de Patrimonio de la Comunidad Autónoma y su reglamento y a la Ley General de la Hacienda Pública de la CA de Andalucía en cuanto a su régimen económico y financiero; y a las normas de Derecho privado que le sean aplicables en las relaciones jurídicas externas, a las adquisiciones patrimoniales y, en general, a sus actividades frente a terceros»²⁰.

Además están sometidas a los mismos mecanismos de control que el resto de las entidades dependientes del SAS: control de eficacia, control financiero y control contable, en algunos casos tan sólo por la Consejería de Hacienda y, en otros, conjuntamente con la Consejería de Salud.

El régimen de personal, es laboral para los nuevos contratos y para los que previamente tenían plaza en propiedad en el Sistema han podido permanecer en situación especial en activo o en excedencia, tanto por las normas transitorias previstas en sus estatutos fundacionales como en los arts. 59 y 60 de la nueva Ley de Salud de Andalucía.

Las diferencias en los instrumentos y técnicas utilizados para gestionar los recursos son relativamente escasas entre las fórmulas tradicionales y las fórmulas innovadoras. Por ello creo que hay que buscar las razones de **las mejoras de gestión** habidas en la Comunidad Autónoma de Andalucía **en otras causas**. Se me ocurren fundamentalmente cuatro. Las tres primeras aplicables al conjunto del Sistema y la otra aplicable principalmente a los nuevos instrumentos, pero también al resto.

La primera está relacionada con la **consolidación del Sistema Sanitario Público de Andalucía en la década de los noventa** y la salida de las turbulencias vividas en su período germinal, la década de los ochenta, donde la preocupación fundamental se centraba en la creación y diseño del Sistema.

²⁰ *Cifras y datos*, Sevilla, Consejería de Salud, 1999, p. 66.

La segunda está relacionada con **una mejor formación de los cuadros directivos**. La labor realizada por la EASP, por la que han pasado prácticamente todos los cargos directivos, cuadros y técnicos de la Administración Sanitaria de la Junta de Andalucía, en este orden, ha sido fundamental.

La tercera está relacionada **con la estabilidad del equipo directivo del Sistema Sanitario Público Andaluz** que no ha variado básicamente desde 1992, mientras que en el período comprendido entre 1988, año de entrada en funcionamiento del SAS, y 1992 se sucedieron tres Consejeros y cinco Directores Gerentes del SAS. Esta estabilidad ha sido fundamental para la consolidación de equipos gestores en los distintos centros e instituciones sanitarias.

Soy de los que defienden, y ésta es la cuarta razón, que las mejoras de gestión habidas en los Centros e Instituciones Sanitarias del SAS **han venido más de la mano de la adecuación del presupuesto a la realidad y a la mejora paulatina aunque lenta en la gestión tesorera** que por la vía de las distintas fórmulas de gestión que introducen aspectos de mercado, internos, regulados, etc., en sanidad, léase contratos programas, incentivos, empresas, etc.

Y esto no porque dude de su efectividad o no esté de acuerdo con ellos. Lo estoy y mucho aunque también con muchos interrogantes. Pero, al no darse las condiciones en Andalucía: separación real del financiador y el proveedor, existencia de unidades separadas y autónomas de compra de servicios, posibilidad real de negociación, de revelar preferencia, de expresar objetivos y la forma más correcta de conseguirlos, etc., **estos instrumentos han sido más realidades virtuales que efectivas a la hora de gestionar recursos**.

Las diferencias entre cantidades presupuestarias asignadas en el contrato programa con el crédito habilitado, las obligaciones contraídas y el gasto real eran de tal magnitud en 1993 que imposibilitaban cualquier gestión de recursos.

Sirva como ejemplo la historia presupuestaria del Complejo Universitario Virgen del Rocío de Sevilla. Como puede verse en la tabla que se adjunta en 1993 el gasto real en compra de bienes y servicios para el Complejo era de 12.367 millones de pesetas y el contrato programa le asignó la cantidad de 6.958 millones. El grado de cobertura superaba escasamente el 55 por 100 del gasto real. Esta situación ha ido mejorando a lo largo de la década de los noventa de tal forma que en 1999 el gasto real y el contrato programa es prácticamente similar: en torno a los 15.000 millones de pesetas. Si hubiéramos analizado las diferencias existentes entre gasto real, crédito habilitado, obligaciones contraídas y cantidades asignadas por el contrato programa las diferencias entre las distintas fases del proceso presupuestario eran, asimismo, bastante similares.

Año	Cobertura del gasto real del Hospital Universitario Virgen del Rocío en bienes y servicios por las cantidades asignadas en el contrato programa		
	Contrato programa	Gasto real	Relación gasto real y contrato programa
1993	6.958	12.367	56,26
1994	8.403	13.478	62,35
1995	10.684	13.499	79,5
1996	11.429	15.247	74,96
1997	12.894	14.763	87,34
1998	14.000	15.402	91,80
1999	15.000	15.250	98,36

Fuente: Contratos programas de cada año y registro de facturas. En millones de pesetas y porcentaje.

Creo conveniente recordar que entre las condiciones o requisitos para una buena gestión de los servicios sanitarios públicos, que el profesor LÓPEZ CASASNOVAS ya nos enseñaba allá por principios de los noventa, se encontraba «una restricción presupuestaria bien definida y ligada a quien la ha de gestionar» junto a la «autonomía» o a un adecuado «sistema de incentivos»²¹.

IV. PARA TERMINAR

Hay que comenzar recordando que la **monitorización de todas estas experiencias se ha llevado con desigual tratamiento**, de tal forma que es difícil sacar conclusiones debidamente contrastadas y de general aceptación para este conjunto de nuevas experiencias.

Pero sí se puede decir algo en común de todas ellas. No han afectado al núcleo duro y principal del sistema. Se han quedado en simples pruebas de laboratorio que no han sido exportadas al resto del sistema cuando se ha probado su viabilidad en términos de efectividad y eficiencia a nivel microeconómico.

El resultado es obvio, si las experiencias nuevas han sido positivas y han aumentado la productividad de los *inputs* utilizados en el proceso de producción de servicios sanitarios en estos casos aislados, **no han servido para aumentar la productividad global de los recursos utilizados por el sistema en su conjunto**. En términos porcentuales estas

²¹ «Economía de la salud y gestión sanitaria. Algunas claves interpretativas», *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 10, 1993.

experiencias representan un escaso porcentaje de los recursos que se administran en el SNS, un 2,4 por 100 en Andalucía, aunque hay notables diferencias respecto al *quantum* entre las distintas CCAA con el INSALUD traspasado.

Y, sin embargo, todo el mundo reconoce y admite que el actual modelo de gestión del núcleo duro del sistema no sirve o, al menos, no es el más adecuado para lograr los objetivos de efectividad y eficiencia. Todo el mundo es consciente de que se necesita dotar a los centros de mayor flexibilidad, autonomía y capacidad de gestión para afrontar las cambiantes circunstancias del entorno. Y esto no se puede conseguir con el corsé que imponen las actuales normas administrativas, de gestión y presupuestarias a las que están sometidos ²².

Nosotros pensamos que a esta **flexibilidad, autonomía y capacidad de respuesta** hay que añadir dos elementos fundamentales. En primer lugar, que el centro cumpla los objetivos marcados por el regulador-asegurador-financiador, es decir, ni más ni menos que **el centro cumpla los objetivos que fije la propiedad del mismo**.

En segundo lugar, que **la autonomía necesaria para el funcionamiento de los centros no vaya en contra de la necesaria unidad básica de cada Servicio Regional y del Sistema Nacional de Salud en su conjunto para garantizar la equidad en el acceso y en el nivel de servicios de todos los ciudadanos** con independencia del lugar donde habite o de la renta que posea.

Por ello creo que la cuestión no está sólo en crear instrumentos nuevos sino **en usar los existentes pero modificando las actitudes de los distintos responsables políticos, económicos y financieros**. Sin ese cambio de cultura de gestión no será posible una gestión más autónoma y flexible en los centros sanitarios.

Creo que no hay nada que se oponga a que el régimen de funcionamiento de los centros y servicios sanitarios se diferencie de aquellos servicios públicos que exigen el ejercicio de la «**autoridad**» para realizar sus funciones. Para estos últimos quizás siga siendo conveniente la aplicación en su sentido estricto del conjunto de normas que se engloban en el Derecho administrativo público.

Pero ¿qué se opone para que el régimen de la relación del personal de los centros y servicios sanitarios sea de otra naturaleza? ¿Qué se opone para que el presupuesto que se asigna a un centro lo sea en términos globales y no por capítulos, artículos, conceptos o subconceptos? ¿Añade esta fórmula presupuestaria más capacidad de control al Parlamento? Creo que la actual complejidad presupuestaria permite obviar mucho mejor las cantidades aprobadas por el Parlamento que

²² Cosa reconocida por el Informe «Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado», difundido por el Ministerio de Administraciones Públicas en 1989.

si se asignase de otra forma más simple y flexible. Por ejemplo, si se aprueba una cuantía per cápita y su distribución por objetivos dentro de un mismo territorio, área hospitalaria o distrito, los parlamentarios podrían comprobar mejor el uso que se dan a estos recursos.

Somos conscientes de que es difícil, por la política de algunos que prefiere el café para todos, establecer un buen sistema retributivo que incentive al buen profesional sanitario, pero qué otro tipo de razones se opone a cambiar el régimen retributivo del personal sanitario y diferenciarlo del resto de los funcionarios.

¿Qué se opone para que el régimen de contratación y compra de bienes y servicios se regule por el Derecho mercantil y no por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para este tipo de «empresas» de producción de bienes públicos? ¿Acaso la existencia de esta Ley o una muy parecida ha obviado el desvío de recursos hacia otros fines o el beneficiar a unas empresas más que a otras? ¿Es la contabilidad presupuestaria o la fiscalización previa el único medio para comprobar que el centro ha dedicado los recursos a los fines para los que la propiedad se los ha asignado?

Creo, pues, que **para llegar al núcleo central del sistema y para aumentar su eficiencia de gestión es necesario no sólo utilizar esos nuevos instrumentos, a los que habría que monitorizar y evaluar, sino también reformar en profundidad la propia organización de los servicios públicos y cambiar la cultura de gestión** de los responsables políticos, económicos y financieros, así como la de los propios sanitarios, principales responsables de la gestión de los servicios sanitarios.

No me gustaría terminar sin citar a un buen conocedor de la sanidad que creo que viene a cuento. Decía que «la gestión de los servicios sanitarios requiere menos filosofía y más reformas selectivas y concretas a nivel microeconómico», pero que «el supuesto énfasis de la teoría económica en las virtudes de la competencia y de la privatización (contratación externa de servicios, propiedad privada de los centros de producción, financiación privada) de servicios públicos universalizados como la sanidad ha contribuido a extender la fascinación por la filosofía de las reformas sin ánimo de traspasar el discurso político al que, probablemente, es muy útil. Ello ha ayudado a oscurecer así una cierta incapacidad para desarrollar reformas menos deslumbrantes y rentables desde el punto de vista político, pero más necesarias, urgentes y adaptadas al contexto institucional de nuestro sistema sanitario»²³.

²³ J. PUIG JUNOY, «Sanidad, gestión y economía: ¿relaciones preligrosas?», *Todo Hospital*, núm. 104, marzo de 1994.

Fundaciones... empresas públicas, consorcios... ¿Es la solución o tan sólo un nuevo movimiento de balancín ²⁴ que sólo sirve para moverse pero no para avanzar? Creemos que ésa no es la solución sino sólo los instrumentos que serán buenos en algunos casos pero no en otros. Dotar de flexibilidad a la gestión de centros públicos garantizando su naturaleza pública y que se cumplan los objetivos de la propiedad de los centros que se pueden resumir en universalidad, gratuidad y equidad en el acceso y calidad de prestaciones, ése es el verdadero meollo de este debate excesivamente politizado como todo lo que afecta a la sanidad dada la multiplicidad de intereses en juego.

Espero que en Andalucía se aprovechen las muchas oportunidades que brinda la nueva Ley de Salud que, aprobada en 1998, aún no ha sido desarrollada. Con buen criterio, el equipo saliente ha dejado esta función en manos del nuevo equipo como consecuencia del proceso electoral concluido el 12 de marzo y de la nueva legislatura que se inicia en estos momentos. Menos filosofía, menos discusión política entre iniciados y más cambios realistas dirigidos a satisfacer las necesidades sanitarias reales, o al menos sentidas, de la población.

Ése es el reto que tenemos quienes aún seguimos creyendo en la sanidad como servicio público que debe utilizar todos los medios a su alcance, incluyendo el uso de la iniciativa privada cuando ésta demuestre su mayor productividad, para hacer frente a las múltiples y cambiantes necesidades sanitarias de la población.

²⁴ El uso del término balancín para representar las múltiples «reformas» realizadas en el sector sanitario se lo escuché por primera vez al doctor Belenes. Era una buena representación de lo que ha ocurrido en este sector en los últimos años.

CUARTA PARTE

LA FORMA Y LOS MEDIOS DE LA ORGANIZACIÓN. ALGUNOS ASPECTOS POLÉMICOS

REFORMA SANITARIA ¿PRIVATIZACIÓN A TRAVÉS DE FUNDACIONES?

José Luis PIÑAR MAÑAS

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad San Pablo-CEU

Agradezco a los organizadores que me hayan dado la posibilidad de intervenir en el presente e interesante encuentro, aunque mi labor sea la más modesta, que no más sencilla, de moderador de la mesa. Y se lo agradezco porque me permiten de esta forma trasladarles algunas reflexiones sobre un tema del que me vengo ocupando desde hace tiempo, si bien deberé hacerlo ocupando tan sólo algunos pocos minutos, que es el tiempo de que dispongo (pues el protagonismo aquí y ahora corresponde a los ponentes y no a quien ahora les habla).

La reforma sanitaria que se puso en marcha con el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, por el que se habilitan nuevas formas de gestión en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, estaba viciado en su origen. Se dio entonces un paso capital hacia la posible y futura privatización de la sanidad mediante la utilización de fundaciones. Las ideas clave que se ponían sobre el tapete eran las de privatización y utilización de la figura fundacional. El debate que la senda iniciada trajo consigo fue desde el principio tenso. Los intereses afectados, muchos, y la explicación que se daba para justificar el modelo elegido, insuficiente y poco convincente. Parecía que se quería terminar con un sistema público que adolecía de graves carencias pero que en lo esencial no funcionaba mal, para sustituirlo por otro privado cuyos resultados no estaban nada claros.

Tan fuerte fue la presión (también desde algún sector doctrinal, que no veíamos clara la utilización del modelo de la fundación privada

para gestionar la sanidad pública) que, tras la aprobación de la Ley 15/1997, de 25 de abril, se cambió radicalmente de rumbo en virtud de la Ley 50/1998, cuyo art. 111, como sabemos de sobra a estas alturas, regula las llamadas fundaciones públicas sanitarias.

De modo que a partir de dicha norma (sobre cuya constitucionalidad luego diré algo) se opta por un modelo distinto de gestión sanitaria que nada tiene que ver con las fundaciones y que en absoluto supone la privatización del sistema. Dicho en otras palabras: se equivocan quienes critican la reforma sanitaria por considerar que se opta por la privatización a través de fundaciones, pues ni las entidades que prevé la Ley de 1998 son fundaciones ni son entidades privadas. Son entidades públicas mal llamadas fundaciones. De modo que (enorme paradoja) tras la repetida Ley, ni se privatiza ni se hace fundacional la gestión. Y pese a ello siguen arreciando las críticas contra una supuesta privatización de la sanidad.

En realidad, si queremos ser precisos, la afirmación anterior no es del todo exacta. Más bien hemos de decir que las opciones para acometer una reforma en profundidad del modelo de gestión sanitaria son varias y todas ellas muy diversas. Pues junto a la posibilidad de utilizar fórmulas de puro Derecho privado, está la de acudir a entidades jurídico-públicas o simplemente la de dejar las cosas como están. Por lo que es posible decir que el nuevo modelo de gestión sanitaria es precisamente la ausencia de modelo. No lo es ni público ni privado, ni siquiera mixto, sino múltiple y diverso. En un reciente trabajo (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1 de 2000) he dicho que en la reforma del sistema sanitario hemos pasado de la perplejidad a la confusión. Perplejidad, en efecto, es la sensación que pudo producir el Decreto-ley 10/1996 dada la apuesta en él contenida a favor de personificaciones privadas, con especial referencia a las fundaciones. Perplejidad que se convirtió en sorpresa y confusión con la Ley 15/1997 y el art. 111 de la Ley 50/1998, pues, como antes apuntaba, se hacen convivir múltiples y muy diversas formas de gestión y se debilita muy considerablemente la opción privatizadora (sin apenas haberla puesto en marcha). Todo ello, además, sin olvidar que, si bien ha sido el régimen del sistema sanitario del Estado el que ha producido el revuelo al que estamos asistiendo, lo cierto es que en gran parte de Comunidades Autónomas se han puesto en marcha ya sistemas parecidos e incluso más «innovadores» que aquél sin que la reacción haya sido, ni por asomo, la misma. Lo cual produce, si cabe, mayor perplejidad.

Como la produce el hecho de que las fórmulas normativas elegidas para llevar adelante la reforma del Sistema Nacional de Salud hayan sido excepcionales. Por un lado, el Decreto-ley; por otro, la Ley de acompañamiento. Parece como si se quisiese hurtar la reforma al debate parlamentario. Lo cual, además, plantea graves problemas de constitucionalidad, pues, en particular en lo que se refiere a la Ley 50/1980,

seguramente se ha producido una violación de los arts. 87 y 89 de la Constitución (como expongo en el trabajo a que antes me refería).

En fin, debo dar paso ya a los componentes de la mesa. Pero no quiero concluir sin insistir en lo que supone la más llamativa de las paradojas del sistema: estamos ante una reforma del sistema que se ha tachado de privatizadora y proclive a las fundaciones, y, sin embargo, en la Ley de 1998 se ha optado por un modelo que ni es privatizador (sino más bien todo lo contrario) ni es «fundacional», pues, por mucho que se hable de «fundaciones públicas», las entidades que en la Ley se regulan nada tienen de fundación. Los conceptos que se han hecho clave en la reforma (privatización a través de fundaciones) se diluyen en la última entrega (Ley 50/1998) del proceso hasta ahora desarrollado. Ya veremos cuáles han de ser los pasos que en el futuro se den.

LAS FUNDACIONES COMO FORMA DE GESTIÓN DIRECTA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS: LAS ENSEÑANZAS DE UNA EXPERIENCIA TRUNCADA

Marcos VAQUER CABALLERÍA

Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. EL PASADO. LA EMERGENCIA DEL FENÓMENO Y SU COBERTURA LEGISLATIVA.—II. EL PRESENTE. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES EN MANO PÚBLICA.—1. Desplazamiento explícito de la LF y de sus principios inspiradores.—2. Desplazamiento de la LF «por la naturaleza de las cosas».—3. Recapitulación.—III. EL FUTURO. EL PAPEL DE LAS FUNDACIONES EN LA ORGANIZACIÓN SANITARIA «A LA CARTA».—BREVE BIBLIOGRAFÍA SOBRE FUNDACIONES EN MANO PÚBLICA EN GENERAL Y SANITARIAS EN PARTICULAR.

I. EL PASADO. LA EMERGENCIA DEL FENÓMENO Y SU COBERTURA LEGISLATIVA

Aunque hoy esté de moda y se perciba incluso como una novedad radical y modernísima, la constitución y/o el gobierno de fundaciones por la Administración pública española es en realidad un fenómeno muy antiguo, incluso anterior a la cabal institucionalización de las fundaciones como personas jurídicas realizada en nuestro Código Civil de 1889.

La legislación de beneficencia del siglo XIX¹, que ya atribuía al Gobierno en todo caso el «protectorado de todas las instituciones de Beneficencia que afecten a colectividades indeterminadas, y que por esto necesiten de tal representación», llegó a distinguir perfectamente el contenido de dicha función según se tratase de beneficencia pública o privada. En el primer caso, esto es, «en los establecimientos públicos», se decía que «la acción del Gobierno no tendrá otras limitaciones que las impuestas por las leyes», mientras que en el régimen común «este protectorado no comprenderá más que las facultades necesarias para lograr que sea cumplida la voluntad de los fundadores en lo que interese a colectividades indeterminadas»².

Tales facultades de protectorado sobre las fundaciones de iniciativa privada eran, entonces como hoy, de supervisión o vigilancia, pues el gobierno o «patronazgo» y la administración de dichas fundaciones correspondían a quien dispusiese el fundador, que podía confiarlos «a corporaciones, autoridades o personas determinadas». Cuando eran confiados a autoridades públicas, lo que no fue en absoluto inhabitual, también las fundaciones de iniciativa privada caían en mano pública³, mediante el ejercicio de su «patronazgo», bien fuera «por ley o por fundación»⁴. Pero incluso en tal caso, cuando coincidían en manos

¹ No está de más recordar que la política sanitaria se hallaba por aquel entonces reducida prácticamente a dos clases de acción administrativa: una de policía (para la prevención de epidemias y otros problemas de salud pública) y otra incipiente de carácter prestacional o asistencial incluida en el ramo de la beneficencia pública. Los hospitales de enfermos son, en efecto, uno de los «establecimientos de beneficencia» de que se ocupó, por ejemplo, el Reglamento de 14 de mayo de 1852 para la ejecución de la Ley de Beneficencia de 1849, y la Ley sobre el Servicio General de Sanidad de 28 de noviembre de 1855 no contemplaba más servicios sanitarios obligatorios que la vacunación de todos los niños y «la asistencia de las familias pobres» a que se referían sus arts. 64 y 65. Sobre esta incardinación original de la asistencia sanitaria en la beneficencia pueden verse Juan PEMÁN GAVÍN, «Del seguro obligatorio de enfermedad al Sistema Nacional de Salud», *Rev. Aragonesa de Administración Pública*, núm. 13, 1998, pp. 63-64; Juan LUIS BELTRÁN AGUIRRE, *El régimen jurídico de la acción social pública*, Oñati, IVAP, 1992, pp. 81 ss., y la restante bibliografía en ellos citada.

² Cito por la «Instrucción para el ejercicio del protectorado del Gobierno en la Beneficencia», aprobada por Real Decreto de 27 de abril de 1875. Arts. 7 y 8. Esta Instrucción, junto a la «Instrucción para la organización, régimen, gobierno y administración de los establecimientos de la beneficencia general», aprobada por Real Decreto de 27 de enero de 1885, se refundiría después en el Real Decreto de 14 de marzo de 1899, que culmina el ambicioso sistema legal encabezado por la Ley de Beneficencia de 20 de junio de 1849 y su Reglamento ejecutivo de 14 de mayo de 1852, ya citados, sistema que se mantuvo vigente en nuestro país hasta la aprobación en 1994 de la nueva Ley de Fundaciones.

³ El Derecho de fundaciones ha permitido distinguir siempre entre quienes actúan como fundadores y como patronos y por ello no es exactamente lo mismo una fundación «de iniciativa pública» que una fundación «en mano pública». Frente a quienes han utilizado la primera expresión para designar el fenómeno que aquí nos ocupa, me parece más comprensiva y oportuna la segunda, puesto que por Ley o por acto fundacional puede reservarse la mayoría en el patronato de una fundación a una Administración pública pese a ser aquella de iniciativa formalmente privada (como ya ha ocurrido con la Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya. *Vid. DEL SAZ CORDERO*: 37-42).

⁴ Los entrecomillados son de los arts. 2, 11.9.4.º y 30 de la «Instrucción para el ejercicio del protectorado del Gobierno en la Beneficencia», citada en la nota 2.

públicas el protectorado y el patronato sobre una fundación, llegó a procurarse la diferenciación personal entre ambas responsabilidades, para evitar su confusión funcional⁵. Más, desde luego, de cuanto se previene en la actualidad, como se tendrá la ocasión de ver.

Un siglo después, el fenómeno de las fundaciones en mano pública ha recibido un fuerte espaldarazo con la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de Incentivos Fiscales a la Participación Privada en Actividades de Interés General (en adelante, LF). Dicha Ley no sólo ha dinamizado la gestión de las fundaciones, haciéndola mucho más atractiva para la gestión pública, sino que su art. 6.4 ha otorgado «capacidad» a las Administraciones públicas para constituir fundaciones⁶. Desde entonces, las fundaciones en mano pública o de dotación mixta no han cesado de proliferar en sectores bien diversos de la Administración y los servicios públicos⁷. Y, sin embargo, ni la propia legislación de fundaciones ni, desde luego, el Derecho administrativo parecen haber asimilado el fenómeno⁸. Se ha previsto la fundación en

⁵ Siempre según la citada Instrucción de 1875, cuando el patronazgo recayera por Ley o por fundación en los Gobernadores de Provincia, lo ejercerían las Juntas Provinciales de Beneficencia, formadas por vecinos «muy caracterizados en ilustración, moralidad y celo por la beneficencia» cuyas incompatibilidades se regulan (art. 14), mientras que cuando recayera en el Gobierno debían ejercerlo las Juntas de Patronos, de cuya composición ya nada se dice (art. 30).

Resulta además ejemplar el precedente de la Real Orden de 9 de junio de 1871, relativo a una vacante de patrono de una fundación, que conforme a la legislación entonces vigente correspondería proveer en la persona del Gobernador de la provincia, pero para la que «se le encarga que nombre quien lo ejerza, *para evitar que se reúnan las funciones de patrono y protector*» (la cursiva es mía).

⁶ El alcance de este precepto no es en modo alguno pacífico. Algunos autores lo han aceptado como una habilitación legal en blanco, a reserva de eventuales prohibiciones, mientras que otros han cuestionado que pueda atribuírsele tales efectos (en este sentido y con diversos fundamentos, MUÑOZ MACHADO; 1999: 592; VAQUER CABALLERÍA: 39 a 42, y PAREJO ALFONSO, en Prólogo al anterior: 13 ss.).

⁷ Muchas universidades públicas han constituido una fundación, así como también otros organismos públicos como RENFE y FEVE (la Fundación de los Ferrocarriles Españoles), AENA (Fundación AENA), el ICO (Fundación ICO) o el CSIC (la Residencia de Estudiantes). Fundaciones son hoy además la Escuela de Organización Industrial, la Colección Thyssen Bornemisza, el Gran Teatro del Liceo o el Teatro Lírico, por ejemplo, todas ellas constituidas y dotadas íntegra o parcialmente (junto a otras Administraciones y/o particulares) por la Administración General del Estado. La lista, si incluyéramos a otras Administraciones, se haría interminable.

⁸ Por lo que se refiere a la legislación de fundaciones, ni siquiera la propia LF ha «interiorizado» a las fundaciones en mano pública, de cuyas necesarias peculiaridades no se ocupa. No hay en todo el articulado de la Ley otra alusión específica a ellas que el citado apartado 4 del art. 6, que se limita a prever su eventual existencia. Y sólo unas pocas leyes autonómicas de fundaciones han recogido y desarrollado la figura (como la madrileña o la valenciana, *vid.* al respecto BERMEJO LATRE y MIR PUIGPELAT: 586 ss.). El caso del Derecho administrativo general es mucho más sintomático. Desde la LF de 1994, se han aprobado o modificado en este sector del Ordenamiento importantes Leyes que sin embargo no se han hecho eco de aquélla, de forma que siguen contemplando a la sociedad mercantil como única forma de personificación de Derecho privado instrumental de las Administraciones públicas. No resulta difícil ilustrar esta afirmación: piénsese por ejemplo en el art. 155.2 y la Disposición Adicional sexta de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 (Ley ampliamente reformada en 1999 y objeto de refundición en el 2000, sin que se haya aprovechado la ocasión para introducir a

mano pública, sí, pero no se ha legislado más que incidentalmente sobre su régimen jurídico, ni se ha determinado su encaje con los organismos públicos de base fundacional de los que se carecía en el siglo pasado pero hoy existentes (organismos autónomos y entidades públicas empresariales, éstas regidas también en buena parte por el Derecho privado y concebidas para «la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación» según el art. 53.1 de la LOFAGE), ni se han articulado las necesarias reglas específicas y diferenciales de estos entes respecto de las fundaciones comunes o en mano privada. Desde este punto de vista, más perfecta y sistemática era, como se ha visto, la vieja legislación decimonónica citada.

Es el Derecho sanitario el que más lejos ha llegado en la regulación e instrumentación de las fundaciones en mano pública, que la configuran como una de las formas de gestión directa de servicios públicos tan tradicionales y nucleares de nuestro Estado social de Derecho como son los sanitarios. Aunque todavía relativamente escasas en número⁹, las fundaciones sanitarias en mano pública han pasado a ocupar un lugar central de nuestro paisaje organizativo. Las fundaciones han quedado implícita e impropriamente habilitadas en este sector por la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud¹⁰, y su régimen jurídico acaba

las fundaciones en mano pública); la Disposición Adicional duodécima de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de 1997 (LOFAGE); la nueva redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, al ap. 5 del art. 6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), que sólo contempla a la sociedad mercantil como alternativa organizativa al consorcio en la gestión de convenios interadministrativos; el art. 85.3.c) de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local, que ha permanecido inalterado pese a la modificación de la Ley en 1999; o las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado que siguen ignorando a la categoría de las fundaciones en la acotación que hacen del sector público (véase, como ejemplo más reciente, el art. 21.1 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos para el 2001), pese a que las llamadas Leyes de «acompañamiento» se han dedicado a «parchear» la legislación general presupuestaria para adecuarla a esta nueva figura organizativa. Por último, estando ya en corrección de pruebas este trabajo, lo ha hecho la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, que por fin introduce (art. 44.1) una definición de las que denomina «fundaciones estatales» en el art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria, cubriendo así una laguna que ya denuncié en otro lugar (VAQUER CABALLERÍA: 58-59).

⁹ Son bien conocidos los casos de las Fundaciones Hospital Verín, Barbanza y Cee, en Galicia, y las Fundaciones Hospitales Alcorcón, Manacor y Calahorra, en el territorio INSALUD, por centrarnos sólo en los centros hospitalarios.

¹⁰ Esta Ley no menciona en su articulado las fundaciones, que parece subsumir en la categoría de los entes de titularidad pública. Ahora bien, supuesto que las fundaciones no tienen titular dominical, porque a nadie pertenecen (PIÑAR MAÑAS, 1998: 59), hay que entender que se refiere aquí la Ley también a titularidad en sentido organizativo, esto es, a la competencia para su constitución (VAQUER CABALLERÍA: 49; en términos similares, BERMEJO LATRE y MIR PUIGELAT: 578). Esta interpretación, avalada por los trabajos parlamentarios y la Exposición de Motivos de la Ley, fue confirmada por el art. 43.6 de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que incorporó un nuevo párrafo al

de ser desarrollado por el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de Salud. Como luce en el propio título de ambas disposiciones, la primera es aplicable en todo el Sistema Nacional de Salud, tanto en los territorios de competencia autonómica como en el que sigue provisionalmente bajo la competencia del Estado, mientras que la segunda ha sido dictada exclusivamente para el segundo, el conocido como “territorio INSALUD”, si bien resulta aplicable supletoriamente en los primeros, al amparo de lo dispuesto en el art. 149.3 CE.

La habilitación de las fundaciones (como las sociedades mercantiles, entes de Derecho privado) para la gestión directa de los servicios públicos sanitarios no es —si hacemos caso de documentos programáticos oficiales tales como el “Informe Abril”, el Acuerdo de la *Subcomisión Parlamentaria de Consolidación y Modernización del Sistema Nacional de Salud* de 18 de diciembre de 1997 o el *Plan Estratégico del INSALUD*— un fin en sí mismo, sino un instrumento más de una estrategia reformadora más ambiciosa, en el que la dotación de autonomía de gestión a los centros de servicios, unida a su personificación bajo forma «empresarial» o de Derecho privado y la diferenciación de sus funciones de prestación de las de autoridad y de compra de dichos servicios, concurrirían finalmente en la introducción de mecanismos de competencia regulada en la prestación de los servicios sanitarios ¹¹.

art. 123.3 de la Ley General Presupuestaria (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre) según el cual «se entenderá que son fundaciones de competencia o titularidad pública estatal, aquellas en cuya dotación participe mayoritariamente la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos o las demás entidades del sector público estatal» (la cursiva es mía). Dicho párrafo ha sido, por último, derogado y sustituido por el nuevo art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria, que rebautiza a estos entes como «fundaciones estatales» y en lo demás mantiene su mismo tenor literal. Todo ello en virtud del art. 44 de la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, a que ya se ha hecho referencia en la nota 8.

¹¹ En todo ello, el precedente más inmediato en el Derecho comparado se encuentra en la conocida reforma del *National Health Service* (NHS) británico operada en los primeros años noventa, a partir de una Ley de 1990 inspirada a su vez en el famoso libro blanco *Working for patients* de 1989. La reforma ya se encaminaba a diferenciar funciones y a descentralizar funcionalmente la prestación dotando de personalidad y autonomía a los hospitales en forma de *NHS Trusts* para introducir, finalmente, un mercado interior de servicios sanitarios. Dicha reforma ha sido sometida a una fuerte revisión desde el tránsito del Gobierno conservador al laborista, que ha programado su «contrarreforma» en un nuevo libro blanco titulado *The new NHS: modern, dependable* y presentado al Parlamento en diciembre de 1997 (puede consultarse en <http://www.official-documents.co.uk/document/doh/newnhs/newnhs.htm>). La nueva política pretende diferenciarse tanto del viejo modelo centralizado de los setenta como del mercado interno de los noventa, del que denuncia que disparó los costes administrativos e introdujo una fragmentación impeditiva de la debida cooperación en el sistema. La «tercera vía» propugnada se basa, pues, en el desmantelamiento del mercado interno pero con mantenimiento de «lo que funciona»: tanto la separación de funciones, como la existencia de los más de 400 *NHS Trusts* que han llegado a constituirse. Éstos, sin embargo, deberán someterse a una gestión que se quiere más transparente (el libro blanco propugna la publicidad de las reuniones de sus *boards* y la publicación de sus costes sobre la base de un índice nacional de «costes de referencia»)

En España, por último, mientras se esperaba al desarrollo reglamentario del nuevo marco legal de las formas de gestión, el art. 111 de la Ley 50/1998 ha introducido (y el citado RD 29/2000, desarrollado junto a las demás formas de gestión) un nuevo tipo de ente sectorial, las «fundaciones públicas sanitarias», denominación desafortunada porque no son desde luego fundaciones de la LF (siendo así además que dicha Ley quiso reservar a ellas en lo sucesivo el término «fundación») sino organismos públicos *sui generis*, asimilables, en lo no previsto específicamente para ellos, a las entidades públicas empresariales de la LOFAGE.

II. EL PRESENTE. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES EN MANO PÚBLICA

Pero es que, según trataremos de desarrollar a continuación, tampoco las «fundaciones» de Derecho privado constituidas por las Administraciones para la prestación de los servicios sanitarios son, en propiedad o plenamente, fundaciones de la LF¹². Así se desprende tanto del régimen jurídico diseñado para tales entes en su legislación específica, como también, más allá de ella, de ciertos principios imperativos de nuestro Derecho público. Veámoslo:

1. Desplazamiento explícito de la LF y de sus principios inspiradores

Fundar es un derecho constitucional de libertad (art. 34 CE) reconocido a las personas de Derecho privado, y como tal un «fenómeno expresivo de la autonomía de la voluntad», según acierta a decir la Exposición de Motivos de la LF. Consiste en la constitución de una organización sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tiene afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general (art. 1.1 LF). Precisamente por consistir en un ejercicio de la autonomía de la voluntad sólo delimitado por su efectiva servicialidad a fines de interés general, «las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la presente Ley» (art. 1.2 LF). Las fuentes del derecho de fundación son, en efecto, la libre voluntad del fundador y su concreta traducción en los estatutos del ente, que gozan de una amplia libertad de configuración en el marco de la propia LF, y esta Ley, que establece determinadas reglas de Derecho imperativo (contenido de los estatutos, gra-

y mejor planificada (ampliación del plazo de sus contratos con los compradores de los servicios, que pasan a ser los *Primary Care Groups* de cada área, implantación de programas trianuales de ámbito local llamados *Health Improvement Programmes*), entre otras medidas que es imposible detallar aquí. Es pronto para conocer los resultados de este nuevo rumbo.

¹² Una tesis similar ha sido adelantada por PIÑAR MAÑAS, 1998: 61, y VILLAR ROJAS: 81.

tuidad del cargo de patrono, supuestos de extinción, vigilancia e intervención, en su caso, del protectorado, etc.) tendentes a impedir la adulteración de dicha voluntad o la desviación de los fines de interés general que son causa del negocio.

Tal sigue siendo hoy la imagen característica de la fundación, por más que la LF atribuya a las personas jurídico-públicas la «capacidad» —que no el derecho— de fundar, «salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario» (art. 6.4). Porque la Ley distingue dos clases de posibles fundadores (de Derecho privado y de Derecho público), pero no dos regímenes jurídicos.

Y sin embargo las personas jurídico-públicas carecen de autonomía de la voluntad, por estar sujetas, en su lugar, a la heteronomía normativa. Pueden disponer, todo lo más, de una mayor o menor autonomía funcional o de gestión, pero no de autonomía de voluntad, esto es, de libertad para determinar su propia voluntad y hacer, regidas por ella, todo lo que no se halle prohibido por la Ley. Se entiende, así, que cuando la Ley 15/1997 ha habilitado a la Administración sanitaria para constituir fundaciones, haya mandado al Gobierno reglamentar determinados aspectos de su régimen jurídico y que simultáneamente se haya dado entrada a una cierta regulación de estos entes en las Leyes ordenadoras del sector público (sobre todo en la legislación presupuestaria, siempre la más ágil en la «persecución» de los entes huidos del Derecho administrativo). De lo dicho se sigue ya una importante alteración del sistema de fuentes aplicables a tales entes, que no es ni puede ser el del art. 1.2 LF (ilustrativa es a este propósito la comparación de este precepto con el art. 39 del RD 29/2000) y que, a salvo de lo que se dirá en el apartado siguiente, podemos caracterizar por ahora así: las fundaciones en mano pública se rigen: i) ante todo y sobre todo, por las normas legales y reglamentarias específicas; ii) en lo no dispuesto en ellas, por la LF, y iii) en el marco de unas y otra, por sus estatutos.

Pues bien, las normas específicas dictadas para las fundaciones en mano pública desplazan en otros muchos aspectos la aplicación de la LF (además del ya considerado del sistema de fuentes en sí mismo), sustituyéndolos por reglas propias del Derecho estatutario de las Administraciones públicas, ajenas por tanto al de fundaciones y a su filosofía inspiradora al servicio de la autonomía de la voluntad garantizada por la libertad del art. 34 CE. Así, por ejemplo:

1.º El INSALUD mantiene la potestad de *planificación* de la actividad de las fundaciones sanitarias en mano pública (art. 4 del RD 29/2000), cuando es bien sabido que el fundador de la LF carece de facultades equivalentes, una vez constituida la fundación. Una fundación de régimen ordinario puede ser asimilada a un buque que el fundador puede armar y botar, pero que son otros quienes patronean (llamados patronos, por cierto).

2.º También el *control administrativo* de la gestión, en cuanto a la eficacia, eficiencia y calidad de los servicios y la gestión del patrimonio, viene atribuido al INSALUD (arts. 13 y 17, ambos del RD 29/2000); en cuanto a la legalidad en la disposición de gastos, a la Intervención General de la Seguridad Social y el Tribunal de Cuentas (art. 13.4 del RD); y en cuanto a la gestión presupuestaria, sobre todo en lo atinente a gastos de personal, a las Direcciones Generales de Costes de Personal y Pensiones Públicas y de Presupuestos del Ministerio de Economía de Hacienda (art. 19 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001). Se produce así un manifiesto vaciamiento de las funciones del protectorado en la LF. Dicho protectorado ha sido atribuido al Ministerio de Sanidad y Consumo, respecto de las fundaciones hospitalares del INSALUD, cuando parece evidente que, si se quiere controlar y reorientar la gestión de éstas, el Ministerio antes ejercerá sus potestades directivas sobre el ente a través del Presidente Ejecutivo del INSALUD, mucho más inmediatas y efectivas, que no los poderes propios del protectorado. También en este aspecto la lógica organizativa administrativa desplaza a la fundacional privada.

3.º Se reglamenta, extrayéndolo de la libertad del fundador, el *principio de participación* consagrado en los arts. 5, 10.10, 43.2.g), 53 y 69.1 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS), mediante el establecimiento de determinados órganos de participación tanto interna (Junta Asistencial, de la que dependen en los hospitales las Comisiones Clínica y de Cuidados: art. 28 del RD 29/2000) como externa (Comisión de Participación y Garantías de los Ciudadanos: art. 27 del RD), y regulando su composición y funcionamiento.

4.º La *contratación* (obras, suministros, servicios y otros) no es libre, sino sujeta a los principios de publicidad y concurrencia. El art. 43 del RD 29/2000 materializa tales principios en la obligación de publicar un anuncio y en la concesión de un plazo mínimo de diez días para la presentación de ofertas. Dichos requisitos son, a mi juicio, condiciones necesarias pero no suficientes para la efectividad de los principios citados. Debería haberse aprovechado el Reglamento para establecer otras garantías, atinentes a la formación del expediente, contenido mínimo del anuncio, forma de presentación y apertura de las ofertas o causas de abstención y recusación de los componentes de los órganos que informen o resuelvan sobre la adjudicación (que, curiosamente, sí se determinan en la selección de personal, como se verá a continuación).

5.º La *selección de personal* queda sometida en el art. 21 del RD 29/2000 a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, sobre cuya materialización ya nada se dice. Sin embargo, el Reglamento sujeta a los órganos de selección a las causas de abstención y recusación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), cuando dichas causas (arts. 28 y 29 de la Ley) sólo afectan en principio a «las autoridades y el personal de las Administraciones», entre las que no se cuentan los entes de Derecho privado como las fundaciones, según la acotación que del concepto de Administración hace el art. 2 de la LRJPAC a sus propios efectos.

6.º El personal de las fundaciones queda sujeto en el art. 20 del RD 29/2000 al mismo *régimen de incompatibilidades* que el personal al servicio de las Administraciones públicas. En relación con los patronos, debe tenerse presente que no son empleados de la fundación, con la que no les une relación de empleo público ni privado y, a los efectos de lo dispuesto en el art. 8 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades, que el de patrono es un cargo gratuito (art. 13.4 LF).

7.º Las fundaciones sanitarias en mano pública se someten al régimen de *responsabilidad patrimonial* de las Administraciones públicas, bajo control judicial del orden contencioso-administrativo. Así se deduce ya de la redacción dada a la Disposición Adicional duodécima introducida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, en la LRJPAC, y se insiste ahora en el art. 35 del RD 29/2000, que atribuye la competencia para tramitar y resolver la reclamación del interesado al INSALUD.

8.º Tampoco la *composición del patronato* queda a disposición del fundador, sino determinada. El Real Decreto impone, en efecto, un mínimo de seis y un máximo de ocho vocales en dicho órgano, que debe contar con la participación del director médico del centro (art. 23.4) y de un representante autonómico, otro municipal y uno de la Universidad en los casos de hospitales universitarios (art. 42).

9.º Y, sin embargo, se atribuye la *potestad de nombrar y cesar a los patronos* al Presidente Ejecutivo del INSALUD, esto es, del fundador, sin que se aclare si la potestad de cese está sujeta en todo caso a los supuestos objetivos de cese previstos en el art. 16.2 de la LF o puede ejercerse libremente, como potestad directiva. Un problema similar ya ha sido resuelto por la jurisprudencia constitucional a favor de esta segunda solución, en los términos que se indicarán a continuación.

2. Desplazamiento de la LF «por la naturaleza de las cosas»

Como se acaba de ver, un Reglamento (el RD 29/2000) desplaza en múltiples aspectos la aplicación de una Ley (la LF). Para que ello sea posible, sin violación del principio de jerarquía normativa, habrá que entender que las fundaciones creadas por las personas jurídico-públicas son antes organizaciones instrumentales de la Administración

que fundaciones, por lo que será aplicable preferentemente el bloque normativo regulador de la primera faceta (las normas de Derecho administrativo concebidas como Derecho especial de las fundaciones en mano pública) y sólo subsidiaria o residualmente el regulador de la segunda (el Derecho de fundaciones como Derecho común o general).

El propio Real Decreto 29/2000, tantas veces citado, parece apuntar en este sentido cuando afirma en su exposición de motivos que las entidades que se constituyan a su amparo —todas ellas, tanto las de naturaleza pública como las de Derecho privado— están llamadas a dar «cumplimiento a los principios de eficacia y descentralización de las Administraciones públicas a los que hace referencia el art. 103 de la Constitución Española». Luego, a lo que parece, tales entidades no son un supuesto de iniciativa pública en la economía al amparo del art. 128 CE, sino una forma funcionalmente descentralizada de Administración pública del art. 103.1 CE, como ya ha sostenido un sector de la doctrina (en el que me inscribo¹³) y ratifica la confirmación, que la misma Exposición de Motivos hace, de que la autonomía de gestión de los entes «lo es sin merma del carácter de servicios públicos», extremo éste que ya había proclamado la Ley 15/1997. Dejando aquí de lado el debate previo sobre la licitud misma de la utilización de entes de Derecho privado para tales fines (el fenómeno conocido como «huida al Derecho privado»), lo que parece cierto es que, si cabe invocar el art. 103 CE a propósito de las fundaciones y demás entes regulados, lo será en su integridad (también, por ejemplo, cuando establece la garantía institucional de la función pública), así como también los sucesivos arts. 104 a 106, reguladores todos ellos del *status* constitucional de las Administraciones públicas, o el art. 97, que somete la Administración civil a la dirección del Gobierno. Y ello aunque sólo sea por mera consecuencia con lo afirmado y dispuesto en el propio RD 29/2000, y sin discutir aquí —insisto— la licitud u oportunidad misma de las fundaciones y las sociedades mercantiles en la gestión directa de los servicios públicos sanitarios. Supuesto que *existen*, tratemos al menos de determinar qué *son*.

Lo afirmado permite plantearse si muchas de las derogaciones de Derecho público recogidas en el RD 29/2000 no vienen en realidad exigidas por los principios reguladores de dicho Derecho, que además podrían requerir otras especialidades todavía no previstas expresamente. Éste es, en efecto, el camino que ha empezado a explorar nuestro Tribunal Constitucional en su Auto núm. 206/1999, de 28 de julio, en el que conviene detenerse siquiera sea un momento, aunque no haya sido dictado en materia sanitaria, por la doctrina que sienta sobre las fundaciones en mano pública.

¹³ Puede verse VAQUER CABALLERÍA: 145-155, y la bibliografía allí citada.

El Auto inadmite una demanda de amparo presentada por quien había sido Directora General de la Fundación del Teatro Lírico (constituida al amparo de la LF por el Estado y la Comunidad de Madrid), cuyo puesto fue suprimido, dejando sin efectos su contrato laboral de alta dirección, mediante una modificación estatutaria como consecuencia del cambio de Gobierno operado tras las elecciones generales de marzo de 1996. La demandante consideró que había sido cesada por móviles políticos con violación de sus derechos fundamentales a la libertad ideológica (art. 16.1 CE) y acceso en condiciones de igualdad a cargos públicos (art. 23.2 CE). El Tribunal Constitucional acuerda, como se ha dicho, inadmitir la demanda porque «el puesto de Director General de la Fundación del Teatro Lírico es uno más de los engranajes de la política cultural y de espectáculos de dos Administraciones (...) y, en esa medida, asimilable a los altos cargos o personal eventual de confianza política», respecto del que «la misma libertad que hay para designar la hay para destituir».

Con ser esto en sí mismo importante, lo es más el hecho de que el Alto Tribunal fundamenta su resolución en ciertas consideraciones generales sobre la naturaleza y régimen jurídico de las fundaciones en mano pública que trascienden ciertamente del ámbito del personal. Afirma, en efecto, el Tribunal que «en el presente caso la empresa, *si bien formalmente persona jurídico-privada, puede equipararse en realidad a un Ente público con capital y fines también públicos que actúa en el tráfico jurídico utilizando sólo de manera instrumental la veste fundacional.* (...) Luego estamos en presencia, por un lado, de un ente privado fundacional que, para lo que aquí interesa, *actúa materialmente como un organismo público bajo la dependencia directa de dos Administraciones*» (la cursiva es mía).

El cese, en definitiva, constituyó un legítimo «ejercicio de la potestad autoorganizativa». Tiene esto que ver, aunque no lo afirme ya el Alto Tribunal, con cuanto se ha dicho antes a propósito del *status* constitucional de la Administración pública, que la somete a la dirección del Gobierno (art. 97 CE). Porque esta función directiva que la Constitución atribuye al Gobierno sobre la Administración incluye, como es obvio, la potestad de organización, respecto de la que «la misma libertad que hay para designar la hay para destituir» a los titulares de los puestos directivos «de confianza política», sin que pueda verse soslayada por el recurso a formas de personificación de Derecho privado.

Este pronunciamiento del Tribunal Constitucional aplica, aunque sin mencionarla como tal, la conocida doctrina del «levantamiento del velo» de la forma de personificación de los entes instrumentales de la Administración pública. La aplicación de tal doctrina tiene, de hecho, precedentes en diversas resoluciones de nuestra Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que ha acudido a ella a propósito de las socie-

dades mercantiles de capital público y que, de hecho, ya ha empezado también a aplicarla a las fundaciones en mano pública. Así ha ocurrido en efecto en el Auto de 13 de julio de 1999, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, donde ésta se pronuncia sobre su competencia para conocer el recurso interpuesto contra determinado acto de la «Fundación Semana Verde de Galicia» (constituida en 1991 por la Xunta, la Diputación Provincial de Pontevedra, el Ayuntamiento de Silleda, la Cámara de Comercio, Industria y Navegación de Pontevedra y una asociación). La Sala se declara competente para conocer del recurso, entre otros fundamentos, por «la necesidad de *levantar el velo de una personificación ficticia*, por cuanto que la consecuencia que se nos impone (...) es que el elemento fundamental no es la forma de la persona jurídica sino la naturaleza de la actividad materialmente desempeñada, no dependiendo por tanto su sumisión al Derecho administrativo de la forma de personificación sino de la naturaleza de la actividad que desempeña» (la cursiva es mía). No es preciso destacar la extensiva interpretación que, para llegar a tal conclusión, es necesario hacer del ámbito de aplicación de la vigente Ley reguladora de nuestra Jurisdicción Contencioso-Administrativa, consideración en la que no nos podemos distraer aquí.

La *vis* expansiva que puede tener esta doctrina es manifiesta. Porque si la fundación en mano pública que gestiona una política pública puede ser equiparada materialmente a un organismo público, deberá sujetarse a sus mismas garantías de objetividad (art. 103 CE), transparencia (art. 105 CE) y responsabilidad (art. 106 CE). Ya hemos visto algunas de sus manifestaciones en el RD 29/2000, que somete a las fundaciones a normas tan ajenas a su ordenamiento como las de incompatibilidades, abstención y recusación o responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, por ejemplo. La pregunta que surge de inmediato es: ¿hasta dónde alcanza este desplazamiento del Derecho común de fundaciones, necesario por naturaleza para salvaguardar tanto los principios organizativos y funcionales del servicio público como los derechos de sus usuarios? Una respuesta cabal a dicha pregunta, que restablezca la necesaria seguridad jurídica en la materia, sólo puede venir dada por el legislador. Mientras tanto, sólo podemos aventurar algunos límites y problemas de la supuesta sujeción a la LF de las fundaciones en mano pública, como son los siguientes:

1.º De la doctrina del Auto TC 206/1999 podemos inferir que las Administraciones que constituyan fundaciones no podrán nombrar *patrono con carácter indefinido o vitalicio* a su personal eventual ni a sus altos cargos de libre designación (lo que, por cierto, ya ha sido intentado en alguna ocasión), que en todo caso podrán formar parte del patronato como miembros natos, por razón de su puesto o cargo y por tanto sólo mientras lo conserven, para no violentar el ejercicio de la potestad de organización de las Administraciones públicas.

2.º Por mandato del art. 43.2 CE, el art. 10 LGS reconoce a todos un *elenco de derechos* de los que, en su totalidad, sólo disponen frente a «las distintas Administraciones públicas sanitarias». En efecto, los apartados 2, 8, 10 y 12 a 14 del precepto no son, a diferencia de los restantes, invocables «respecto a los servicios sanitarios privados», según cabe interpretar a contrario del apartado 15. La dicción del precepto es en sí misma equívoca, ya que «Administraciones públicas sanitarias» no se contrapone a «servicios sanitarios privados», desde el momento en que existen servicios públicos gestionados por privados y hoy, también, por entes instrumentales que formalmente no son administrativos. ¿Acaso no gozan los usuarios de todos esos mismos derechos que tienen frente a la Administración (como el de información sobre los servicios, el de obtener certificado acreditativo de su estado de salud, el de reclamar y proponer sugerencias o el de elección de médico, por ejemplo) cuando la gestión está encomendada a las fundaciones sanitarias en mano pública, por el hecho de no ser éstas formalmente una Administración pública y gozar de personalidad jurídica diferenciada? La teleología del precepto parece clara: donde dice «Administraciones públicas» hay que entender «entidades gestoras del servicio público» o, cuando menos, «administraciones» en sentido material, con inclusión de todos sus entes instrumentales, con independencia de la forma que adopten.

En esta línea apunta el propio RD 29/2000, si bien en términos muy genéricos y algo imprecisos. En efecto, su art. 8 extiende las garantías de la prestación a «todos los centros sanitarios, con independencia de que tengan personalidad jurídica»; su art. 9 extiende igualmente a todos ellos «el respeto y la protección de todos los derechos reconocidos legalmente a favor de los ciudadanos»; sus arts. 32 a 34 regulan la obtención de información y la canalización de «las sugerencias, quejas, denuncias y reclamaciones» a través de las unidades de garantías a los ciudadanos, y el art. 35, por último, prevé como ya sabemos la formulación de reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial. Ahora bien, mientras que estas últimas «se dirigirán por los interesados al Instituto Nacional de la Salud, contra cuya resolución cabe recurso contencioso-administrativo, pudiendo actuar los centros sanitarios, en virtud de su personalidad jurídica, como codemandados», respecto de las restantes reclamaciones, quejas y denuncias se limita a prever el traslado de su contestación —por la propia fundación— al interesado «en el plazo máximo de un mes», el derecho de aquél «a conocer en todo momento el estado de tramitación de su queja o denuncia», y la obligación de poner «en conocimiento de los órganos de gobierno, de participación y de la Presidencia Ejecutiva del Instituto Nacional de la Salud las quejas y denuncias producidas y las contestaciones dadas en relación con aquéllas». Teniendo en cuenta que se está dirimiendo aquí el ejercicio de derechos subjetivos públicos, esta «administrati-

vización» del procedimiento de reclamación, por incompleta, parece insuficiente. Debiera haberse previsto una alzada impropia ante el INSALUD frente a la contestación a las reclamaciones fundadas en tales derechos, controlable a su vez en sede contencioso-administrativa. Si el INSALUD es, como sabemos, quien instruye y resuelve las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria prestada por una fundación por él constituida, ¿por qué no las encaminadas al reconocimiento de un derecho de prestación o de libertad que cumpla respetar en la gestión de dicha fundación? De otro modo, aunque se proclame los mismos derechos de todos frente a estos entes que frente a los centros del INSALUD, su efectividad será manifiestamente menor.

3.º Según la legislación de fundaciones, la *competencia administrativa* sobre las mismas, que se concreta en el ejercicio de las potestades del protectorado, depende del ámbito territorial de su actuación. Por ello, los estatutos de las fundaciones hospitalarias de Alcorcón y Manacor se ven necesitados de sostener que el ámbito territorial en el que desarrollan principalmente sus actividades se extiende a toda España, y el acuerdo del Consejo de Ministros que autoriza su constitución atribuye en consecuencia su protectorado al Ministerio de Sanidad y Consumo. Ahora bien, en lugar de forzar la interpretación de la LF, más lógico parece que la Ley estableciera que, cuando las fundaciones son constituidas por la Administración estatal o autonómica, la función de protectorado se subsume en la función directiva de la Administración matriz y sólo a ella corresponde¹⁴. Se lograría así, de paso, diferenciar nítidamente entre gobierno interior (patronato) y supervisión o dirección exterior (protectorado). En las primeras líneas de este trabajo se ha visto que en este sentido apuntaba ya la legislación decimonónica de beneficencia, en este sentido modélica pero lamentablemente olvidada.

4.º Sólo así se resuelve también el problema del *traspaso* de las fundaciones del INSALUD cuando se transfieran los servicios sanitarios a las Comunidades Autónomas correspondientes. Sus estatutos prevén su transformación «automática» en fundaciones de competencia autonómica llegado el momento, lo que ciertamente no respeta la LF: las fundaciones ni cambian «automáticamente» de ámbito territorial por hacerlo la competencia administrativa sanitaria (una cosa es la competencia sobre sanidad y otra bien distinta la competencia sobre fundaciones), ni pertenecen a su fundador, que por tanto no puede traspasarlas propiamente, sino todo lo más modificar sus estatutos para alterar la composición de su patronato¹⁵, que no del protectorado.

¹⁴ Esta postura encuentra hoy apoyo en el nuevo párrafo introducido en la Ley General Presupuestaria por la Ley 55/1999 al que me he referido ya en la nota 10, por cuanto identifica titularidad con competencia para las fundaciones en mano pública.

¹⁵ Para un planteamiento más extenso de esta cuestión, *vid.* VAQUER CABALLERÍA: 79-81.

Se hace aquí preciso, pues, levantar una vez más el velo de la personificación instrumental para hacer primar, sobre la supuesta naturaleza de fundaciones de la LF, el régimen jurídico-administrativo de traspaso de servicios.

5.º La constitución de fundaciones por los *entes locales* o por *universidades públicas*¹⁶, esto es, por entes jurídico-públicos cuya autonomía garantiza la Constitución, es una decisión de descentralización funcional de sus servicios (con dudosa cobertura legal, por cierto) dictada en el ejercicio de la potestad de autoorganización de tales entes y amparada por dicha autonomía. ¿Es ello compatible con el ejercicio del protectorado sobre la fundación por otra Administración pública, sea la estatal o la autonómica, al amparo de la LF?

6.º El caso de los *entes locales*, además, es peculiar, ya que se trata de Administraciones cuyo gobierno es esencialmente plural y representativo. La descentralización funcional de uno de los servicios de competencia municipal, por ejemplo, en un ente de Derecho privado —decisión que compete adoptar al Pleno por mayoría absoluta [arts. 22.2.f) y 47.3.f) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL)]— podría redundar en perjuicio del derecho de los concejales de los grupos minoritarios a participar en la gestión de los asuntos municipales (que es un derecho fundamental: art. 23.1 CE), en la medida en que la mayoría podría detraer del conocimiento del Pleno determinados asuntos y confiárselos a una fundación en cuyo gobierno no les otorgase representación. El inconveniente se salva en cierta manera en el caso de las sociedades mercantiles, porque su junta de accionistas está conformada por el Pleno del Ayuntamiento, según el art. 90 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Pero en el caso de las fundaciones, para salvaguardar el principio democrático, o entendemos que están prohibidas en el ámbito local *ex art. 85 LBRL* (que, en efecto, limita a dos las formas descentralizadas de gestión directa de los servicios públicos locales: organismo autónomo y sociedad mercantil)¹⁷ o, cuando menos, exigimos que su patronato sea plural y proporcional a la composición del Pleno.

7.º Por último, cabe plantearse la aplicación de la *inembargabilidad de los bienes patrimoniales* de la fundación (tanto los cedidos por la Administración General del Estado o adscritos por la Tesorería General de la Seguridad Social, como incluso los propios) cuando éstos estén efectivamente afectados al servicio público sanitario que gestiona. Y ello aun cuando este privilegio sólo está previsto para los bienes

¹⁶ A este supuesto se ha referido ya MUÑOZ MACHADO, 1999: 592-593.

¹⁷ En favor de la exclusión de la fundación del ámbito local se ha pronunciado SANTAMARÍA PASTOR (*Principios de Derecho Administrativo*, vol. I, 3.ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000). SOSA WAGNER, por el contrario, no ve inconveniente en su utilización (*La gestión de los servicios públicos locales*, 4.ª ed., Madrid, Cívitas, 1999, pp. 82-85).

de la Administración —para la General del Estado en el art. 44 de la Ley General Presupuestaria y para la de la Seguridad Social en el art. 85 de su Ley General, por ejemplo—, ha sido además sometido a una bien conocida y autorizada crítica doctrinal y ha visto redefinido restrictivamente su ámbito de aplicación por efecto de una no menos conocida Sentencia del Tribunal Constitucional. Pero aunque, como decimos, el legislador sólo ha beneficiado con el privilegio de la inembargabilidad a los bienes de la Administración y a la Hacienda pública, dichas reglas deben leerse hoy a la luz de la jurisprudencia sentada al respecto por el Tribunal Constitucional, que posterga el criterio subjetivo del ente titular del bien en favor del criterio objetivo de la efectiva afectación de dicho bien a un servicio público¹⁸. Si a ello unimos que tanto la normativa como la jurisprudencia ya han levantado parcialmente el velo de la forma de personificación de estas fundaciones, quizás podamos concluir que, también en esta materia, sobre el dato instrumental de la forma privada de personificación del ente constituido para la gestión directa del servicio, debe prevalecer el dato material de la afectación de sus bienes a dicho servicio público, cuya continuidad podría, en caso contrario, verse afectada por la ejecución contra los bienes del hospital de que se tratase. No se trata aquí, en definitiva, de replantear el ámbito objetivo de aplicación del privilegio de inembargabilidad, sino de interpretar sistemática y teleológicamente su ámbito subjetivo, como hemos hecho en otras materias¹⁹.

3. Recapitulación

De cuanto se ha dicho podemos extraer varias conclusiones:

1.^a Que los entes constituidos o que se constituyan supuestamente al amparo de la LF son, en realidad, entes instrumentales de la Administración pública que, en todo lo que no resulte preferente la apli-

¹⁸ Según el FJ núm. 12 de su Sentencia 166/1998, de 15 de julio, «(...) cuando un bien se halla materialmente afectado a un servicio público o a una función pública específica, constituye el “soporte material” de dicha actividad (STC 227/1988, Fundamento Jurídico 14) y, por tanto, es un medio material necesario para la realización efectiva de los intereses generales a los que sirve la Administración. De suerte que su inembargabilidad está justificada en atención a la eficacia de la actuación de la Administración Pública y la continuidad en la prestación de los servicios públicos. Mientras que no cabe estimar otro tanto respecto a los bienes patrimoniales de una Entidad local no afectados materialmente a un servicio público o una función pública, pues el interés general sólo está presente en atención a su titular, un ente público, pero no en cuanto a la actuación que a aquélla corresponde llevar a cabo ni al ejercicio de concretas potestades administrativas».

¹⁹ Y, sin embargo, no puede dejar de percibirse en ello una cierta ironía del destino, pues ya el Real Decreto de 14 de marzo de 1899 sobre Beneficencia, que sería derogado por la LF, disponía en su art. 10 que «los bienes y rentas de las instituciones de la beneficencia» —y, por tanto, de todas las fundaciones de este carácter, ya estuvieran en mano pública o privada— «no podrán ser objeto de procedimientos de apremio. El Protectorado resolverá la forma de hacer efectivas las obligaciones que contra ellas resulten».

cación del Derecho estatutario de ésta para preservar las potestades administrativas de organización y los principios aplicables al servicio, se rigen residualmente por el Derecho privado o común, concretamente el de fundaciones.

¿Significa esto que ya nada diferencia a las «fundaciones» creadas por la Administración supuestamente al amparo de la LF en el sector sanitario de las «fundaciones públicas sanitarias», supuesto que ambas son formas institucionales de Administración instrumental y que la personalidad privada de las primeras no evita la aplicación preferente de numerosas normas de Derecho administrativo? Resulta evidente que no. El apoyo de las primeras en el Derecho privado o común sigue siendo, hoy por hoy, muy superior (sobre todo en materia de contratación y de personal), aunque no tanto, como se ha visto, como pudo pensarse al tiempo de su ideación.

2.^a Que el esfuerzo reglamentario realizado para regular tales entes no ha disuelto —difícilmente podía hacerlo, por las limitaciones intrínsecas de la potestad reglamentaria y del mandato para su ejercicio contenido en la Ley 15/1997— la situación de inseguridad jurídica generada en cuanto al régimen jurídico de estos entes, situación que debería atajar una regulación legal que estableciese qué Administraciones o entes de Derecho público pueden fundar y para qué actividades, y que codificase las reglas y principios de Derecho público que deben primar en todo caso sobre el Derecho privado de fundaciones, de forma que aquellos entes queden neta y debidamente diferenciados de éstas ²⁰.

3.^a Que, no siendo plena o propiamente fundaciones de la LF dichos entes, mientras no se los caracterice legalmente en los términos que se acaban de exponer, estarán utilizando una denominación y acogiendo a un estatuto que es el de un instituto garantizado constitucionalmente (art. 34 CE), con distorsión o desnaturalización de dicho instituto, lo que podría constituir un fraude de Constitución ²¹.

²⁰ La «insuficiencia normativa» a que aludo ha sido denunciada por BERMEJO LATRE y MIR PUIGELAT: 592, quienes también reclaman «una mayor y cuidada atención legislativa» en la materia.

²¹ A la desnaturalización del instituto fundacional en que consisten estos entes me he referido ya en otro lugar, con cita de CAFFARENA (*vid.* VAQUER CABALLERÍA: 71 ss. y 165). También PIÑAR MAÑAS (2000: 87) ha observado que el nivel de publicación alcanzado comienza «a hacer irreconocible la propia institución». Por su parte, MUÑOZ MACHADO (1999: 594) ya ha llamado la atención sobre el «quebranto» que para la «garantía institucional» de la fundación en la Constitución puede suponer la creación de fundaciones por las Administraciones públicas, sobre todo si se las convierte «en un instrumento de organización en el que sean irreconocibles las características básicas de esta figura», como hemos visto que ocurre en el sector sanitario.

III. EL FUTURO. EL PAPEL DE LAS FUNDACIONES EN LA ORGANIZACIÓN SANITARIA «A LA CARTA»

El Real Decreto 29/2000 no ha establecido ningún criterio material o funcional para discriminar entre las cuatro formas de gestión que contempla. Luego cuatro centros o servicios con las mismas funciones y características pueden ser configurados indistintamente por el INSALUD como sociedad en un caso, fundación en otro, fundación sanitaria pública en otro y —si así lo conviene con otras Administraciones o con entes sin ánimo de lucro— como consorcio en otro. La actividad sería entonces la misma, también la Administración responsable, y sin embargo el régimen jurídico de su prestación diverso. Tal es lo que cabría calificar como un modelo organizativo «a la carta».

Sí existe un criterio histórico. De acuerdo con este Real Decreto, las fundaciones (o las sociedades mercantiles) sanitarias en mano pública sólo podrán constituirse para la dotación de nuevos centros. Y ello porque los centros preexistentes, que carecen hoy de personalidad jurídica, sólo pueden adquirirla mediante su conversión en fundaciones públicas sanitarias o consorcios, de conformidad con las Disposiciones Adicionales quinta a séptima.

El proceso de conversión de los centros es ciertamente peculiar, ya que se realiza «con carácter voluntario, previa petición de los mismos» según la Disposición Adicional sexta. Este monopolio de la iniciativa atribuido a los centros constituye un nuevo reto a la concepción de la organización como una potestad que, cuando es administrativa (esto es, en lo que no está reservada al legislador o al Gobierno), se atribuye a los órganos superiores o directivos de la Administración para que la ejerzan «desde arriba» según criterios generales de racionalidad. En su lugar, aquí es formalmente entregada a la iniciativa más o menos espontánea de los propios centros, si bien su aprobación se atribuye a la Comisión de Dirección del centro (de los órganos de representación sólo se exige informe, que no es vinculante) y está, desde luego, sometida a sucesivas aprobaciones superiores hasta la que pone fin al procedimiento, que corresponde al Consejo de Ministros.

Esta peculiaridad procedimental es ciertamente chocante en el caso de la conversión en fundaciones públicas sanitarias —el art. 61 de la LOFAGE había reservado a la Ley la creación de organismos públicos, el art. 111 de la Ley 50/1998 rebaja la exigencia a acuerdo del Consejo de Ministros para este tipo singular de organismos, y ahora el Real Decreto 29/2000 reserva la iniciativa a los propios centros—, pero más aún lo es para la conversión en consorcios. Porque un consorcio es una organización común para la gestión de un convenio de colaboración interadministrativa, convenio cuya eficacia, cuando prevea la integra-

ción en el consorcio de determinados centros sanitarios preexistentes, quedará supeditada a la conformidad de todos y cada uno de dichos centros.

¿Dónde quedan las fundaciones privadas en mano pública, que han centrado este breve estudio? En el ámbito del INSALUD, como ya se ha dicho, el Real Decreto sólo las contempla como posibles en el caso de nuevos centros sanitarios. El Hospital de Calahorra ha adoptado esta forma de personificación, sumándose por ahora a los de Alcorcón y Manacor en el territorio INSALUD y al de Verín y otros en el autonómico. También más allá del ámbito estricto de la protección de la salud y la asistencia sanitaria, y por tanto de la aplicación del Real Decreto, se proyectaban al término de la anterior legislatura nuevas fundaciones, en este caso de investigación: las primeras, las correspondientes a los Hospitales Clínicos «San Carlos» y «Puerta de Hierro» en Madrid, y los Hospitales «Ramón y Cajal» en Madrid, «Príncipe de Asturias» en Alcalá de Henares y «Son Dureta» en Palma de Mallorca²². La fórmula, pues, parecía destinada a una larga vida hasta que, estando ya en proceso de edición esta obra, primero la Xunta de Galicia anunció la introducción en el Anteproyecto de Ley de Medidas Fiscales y de Régimen Presupuestario y Administrativo (aprobada como Ley 5/2000, de 28 de diciembre) de una disposición adicional que convierte a sus fundaciones sanitarias en entes de naturaleza pública; poco después el Presidente Ejecutivo del INSALUD anunciaba que ningún hospital se convertiría en fundación pública sanitaria en esta legislatura ni tampoco hay ningún hospital preparado para constituirse en fundación, todo ello por «una cuestión de lealtad institucional» al estar pendiente de culminación el proceso de transferencia competencial (*vid. El País y El Mundo* del jueves 12 de octubre de 2000)²³. Luego parece que la iniciativa de esta reforma tan accidentada como inopinadamente puesta en marcha va a quedar en suspenso (¿también para las fundaciones de investigación anunciadas?). Mientras tanto, sin embargo, sabemos ya que se eleva al art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria una nueva definición de las «fundaciones estatales», que siguen proliferando. Sirva, pues, la experiencia sanitaria y lo aquí observado sobre ella, como enseñanza para esta emergente forma de organización instrumental de las Administraciones públicas.

²² Ministerio de Sanidad y Consumo, *Balance de Legislatura 1996-2000* (<http://www.msc.es>).

²³ Los resultados, según los datos de que disponemos, tampoco eran del todo alentadores. En su informe de fiscalización del ejercicio 1996 de la Fundación Hospital Verín, el Consello de Contas afirma que esta forma de gestión «no parece que aporte fórmulas adecuadas para conseguir una mayor eficiencia del gasto sanitario», entre otras críticas no menos rotundas. Si esto se refiere a la eficiencia, respecto de la calidad de los servicios los medios de comunicación que acaban de citarse publicaron también que la Fundación Hospital Alcorcón acumuló en 1999 un total de 13.069 quejas de usuarios, el 15 por 100 de todas las presentadas en Hospitales del INSALUD y el doble que el segundo hospital con más quejas del sistema, el Ramón y Cajal.

BREVE BIBLIOGRAFÍA SOBRE FUNDACIONES EN MANO PÚBLICA EN GENERAL Y SANITARIAS EN PARTICULAR

- BERMEJO LATRE, José Luis, «Las fundaciones privadas de iniciativa pública y la “huida” del Derecho administrativo», en VVAA, *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- BERMEJO LATRE, José Luis, y MIR PUIGPELAT, Oriol, «Algunas notas sobre las primeras experiencias en la regulación de las fundaciones de iniciativa pública», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 104, octubre-diciembre 1999.
- FERRÁNDIZ MANJAVACAS, F. A., «Las fundaciones como nuevas formas de gestión eficiente. Ventajas e inconvenientes respecto al modelo tradicional de gestión», *Revista de Administración Sanitaria*, vol. III, núm. 9, enero-marzo 1999.
- FREIRE, José Manuel, «Fundaciones sanitarias públicas, comentario y propuestas alternativas», *Revista de Administración Sanitaria*, vol. III, núm. 9, enero-marzo 1999.
- LORENZO Y MONTERO, Ricardo de, «El Derecho sanitario ante las nuevas formas de gestión sanitaria», *Foros y trabajos de la AEDS* (<http://aeds.org/foros>).
- MENÉNDEZ REXACH, Ángel, «Las nuevas formas de gestión sanitaria ante el Derecho administrativo», en VVAA, *Anales del IV Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid, Fundación MAPFRE Medicina, 1998.
- MONTORO CHINER, M.^a Jesús, *Privado y público en el renacer del Gran Teatro del Liceo*, Barcelona, Cedecs, 1997.
- MORELL OCAÑA, Luis, y RUIZ OJEDA, Alberto, «La técnica fundacional como instrumento de gestión administrativa en el Derecho público», en RUIZ OJEDA (coord.), *Manual de fundaciones: régimen jurídico, fiscal y contable, con anexo de legislación estatal y autonómica*, Madrid, Civitas, 1999.
- MUÑOZ MACHADO, «Las fundaciones privadas de ente público», en VVAA, *Las Universidades públicas y su régimen jurídico*, Madrid, Lex Nova, 1999.
- «La organización, las prestaciones y otros problemas jurídicos actuales de los servicios sanitarios», *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 57, mayo-agosto 2000.
- NÚÑEZ FEIJOO, Alberto, «Nuevas formas de gestión en el Sistema Nacional de Salud», *Revista de Administración Sanitaria*, vol. III, núm. 9, enero-marzo 1999.
- PALOU BRETONES, Antonio, *Régimen tributario de las fundaciones. Un caso práctico: la Fundación Hospital Verín*, Madrid, Trivium, 1994.
- PEMÁN GAVÍN, Juan, «Hacia nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios (Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio)», en VVAA, *Reforma y liberalización económica: los Decretos-leyes de junio de 1996*, Madrid, Civitas, 1996.
- PIÑAR MAÑAS, José Luis, «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97, enero-marzo 1998.
- «Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1/2000.

- SÁNCHEZ CARO, Javier, «Las nuevas formas de gestión: las razones de una ley», *Revista de Administración Sanitaria*, núm. 1, enero-marzo 1997.
- SAZ CORDERO, Silvia del, «Las fundaciones en el ámbito universitario», *Autonomies: Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 23, junio 1998.
- SOSA WAGNER, Francisco, «La fundación en el horizonte de las formas de gestión de los servicios públicos locales», en VVAA, *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Prof. Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- VALERO AGÚNDEZ, Urbano, «La fundación como forma jurídica para empresas del sector público», en VERDERA Y TUELLS, Evelio (ed. y prol.), *et al.*, *La empresa pública*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, vol. I, 1970.
- VALLE PASCUAL, Juan Manuel del, «Las fundaciones universitarias (I) y (II)», *La Ley*, núms. 4945 y 4946, 9 y 10 de diciembre de 1999.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos, *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Madrid, Marcial Pons/Universidad Carlos III de Madrid, 1999.
- VILLAR ROJAS, Francisco José, «La Ley de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud: ¿hacia una desregulación de la sanidad pública?», *Revista Derecho y Salud*, vol. 6, núm. 2, 1998.

FORMAS DE ORGANIZACIÓN Y RÉGIMEN DE PERSONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS

Alberto PALOMAR OLMEDA

Magistrado de lo contencioso-administrativo

SUMARIO: I. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN BUSCA DE UN MODELO VÁLIDO PARA LA GESTIÓN PÚBLICA DE NUESTROS DÍAS.—II. APUNTE HISTÓRICO SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y SU REPERCUSIÓN EN EL MODELO DE GESTIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO.—1. La prestación de servicios sanitarios en el ámbito de la seguridad social.—2. La independización del modelo conectado con la seguridad social y la universalización de la sanidad.—III. EL RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO DE LA SANIDAD.—1. El modelo de los cuerpos generales y de la formulación estatutaria.—2. La proyección del modelo en el decaído Proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública.—IV. LAS MODULACIONES AL RÉGIMEN COMÚN DE EMPLEO PÚBLICO EN EL SENO DE LAS DISTINTAS FORMAS DE GESTIÓN SANITARIA.—1. Análisis específico del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de Salud.—2. Las determinaciones específicas en relación con el régimen de personal en las distintas formas de organización.—3. El supuesto específico de las fundaciones públicas sanitarias.—5. LA ORGANIZACIÓN Y EL RÉGIMEN DE PERSONAL: DE LA UNIFICACIÓN A LA DISPERSIÓN.

I. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN BUSCA DE UN MODELO VÁLIDO PARA LA GESTIÓN PÚBLICA DE NUESTROS DÍAS

Una de las cuestiones sobre las que comienza a existir una mayor reflexión en los últimos tiempos es la de la necesidad de encontrar un sistema de gestión para la Administración Pública de nuestros días. A este fenómeno se refirieron BAREA y GÓMEZ DE CÍRIA cuando indicaron que «la gran dificultad para gestionar el gasto público de una manera eficiente se encuentra en el campo de la producción de servicios colectivos. El Estado actúa aquí como un verdadero empresario, combinando factores de la producción para obtener un producto: los servicios colectivos. Su diferencia con el sector privado es que no se venden en el mercado, pero el proceso productivo es análogo...»¹.

Podemos recordar que durante mucho tiempo se ha pensado que los esquemas de funcionamiento administrativo que con mayor o menor modificación derivan de la estructuración de los años cincuenta eran suficientes para establecer un esquema operativo para la Administración presente y futura.

Es lo cierto, sin embargo, que a medida que deben prestarse nuevos servicios o que se demandan mayores exigencias respecto de las existentes surge una tentación recurrente: la de buscar nuevas fórmulas de organización diferenciadas de las preexistentes y cuyas características esenciales es la de establecer un *status* netamente diferenciado al de la Administración tradicional y centrados en la modificación del esquema jurídico de funcionamiento preexistente.

La cuestión central no es otra que analizar cuál es el modelo de gestión pública que permita hacer compatibles los principios constitucionales de funcionamiento de la Administración y la eficacia real de los mismos frente a las demandas de los ciudadanos.

Con carácter general podemos indicar que la tentación recurrente, desde una perspectiva histórica, ha sido la de optar por formas de personificación instrumental a las que se ha tratado de dar un esquema de gestión más flexible que el de la Administración centralizada. La experiencia, hasta el momento, demuestra que esta flexibilidad acaba siendo «fagocitada» por los esquemas generales y que, de nuevo, la única solución posible es la creación de una nueva figura con mayores elementos de flexibilidad.

Buena prueba de la anterior afirmación es el paso de la Administración institucional plasmada en la Ley de Entidades Autónomas

¹ J. BAREA TEJEIRO y A. GÓMEZ CÍRIA, *El problema de la eficiencia del sector público en España. Especial consideración de la sanidad*, Madrid, 1994, p. 62.

de 1958 a la creación en 1977 en el seno de la Ley General Presupuestaria de los Entes públicos, que se completa con la aparición de las Administraciones independientes o neutrales², pasando, claro está, por la utilización más o menos descontrolada de las sociedades mercantiles o las fundaciones públicas. Curiosamente todas ellas se acaban incluyendo en el ámbito de lo que el Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, denomina «nuevas formas de gestión» del Instituto Nacional de la Salud. En realidad, como más tarde veremos, no se trata de nuevas formas sino de las mismas formas de siempre. Lo que se ha hecho por primera vez en un ámbito sectorial concreto es regularlas y sistematizarlas señalando algunas de las peculiaridades admisibles.

Desde una perspectiva más amplia no puede negarse que la creación de estos nuevos fenómenos tipológicos de organización tiene un referente común: el marco convencional del Derecho público, representado por las denominadas «grandes leyes administrativas» (se incluyen en este apartado, como mínimo, la Ley de Contratos, la de Función Pública, la presupuestaria y la patrimonial) es un marco que ha venido a considerarse como difícilmente compatible con la gestión pública en nuestros días. Esto ha generado que el denominador común de estos procesos sea el separarse de las mismas hasta el punto de generar un amplio debate doctrinal y jurisprudencial sobre la huida del Derecho administrativo y la necesidad de someter la gestión pública al Derecho privado. En este sentido la publicación del RD 29/2000, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, demuestra que las cuestiones a las que nos acabamos de referir son precisamente las que son objeto de debate y de inclusión de un régimen diferencial.

Sin entrar en estos momentos en el debate general es lo cierto que la persistencia en el camino de la marginación del Derecho público debe hacernos meditar sobre la necesidad de reconvertir los postulados estructurales del mismo o, cuanto menos, sobre su validez universal como parámetro de funcionamiento de la Administración.

En razón de lo anterior PAREJO propuso hace algún tiempo que, con independencia del debate, lo que debía hacerse es separar las distintas actividades de gestión pública en razón de su propio fundamento constitucional³. De esta forma deberían diferenciarse los fenómenos administrativos puros, insertos en el esquema de los arts. 97 y 98 de la Constitución y que se traducen en lo operativo en las previsiones de los arts. 103 y 134 de la misma, de los fenómenos de mera participación en la actividad económica susceptible de ser realizada con el amparo previsto en el art. 128 de la Constitución⁴.

² Sobre este punto puede verse el trabajo de A. BETANCOR RODRÍGUEZ, *Las Administraciones Independientes*, Madrid, 1994.

³ L. PAREJO ALFONSO, *La eficacia: Tres estudios*, Madrid, 1995.

⁴ Esta medida es asumida y propuesta igualmente en el denominado *Libro Blanco de los Servicios Públicos*, publicado por el Ministerio de Administraciones Públicas en febrero de 2000.

A esta disociación deben corresponderse reglas de juego y funcionamiento diferentes. El interés del Derecho público por los últimos fenómenos indicados es completamente diferente al que debe tener por los primeros. Es mucho más global, más genérico, más de resultados y formas de adopción de las grandes decisiones, mientras que en el supuesto de los primeros la cuestión es completamente diferente. Interesa el acto administrativo, el procedimiento para adoptarlo, en suma la totalidad de los elementos que integran el quehacer diario del sistema. Las reglas de unos y otros tienen que ser diferentes porque diferente es la justificación última de la presencia del Derecho público en las mismas.

Es cierto, sin embargo, que esta diferenciación se ha visto acompañada en nuestro entorno europeo con otra: la que distingue el *status* administrativo de la regulación del que corresponde a la gestión. Casi todos los fenómenos de reforma estructural de la Administración han pasado por establecer un mecanismo de funcionamiento diferente para unos y otros que es claro que tienen pautas de funcionamiento claramente diferenciadas⁵.

La persistencia del debate pone de relieve lo certero de la afirmación inicial de la necesidad de encontrar un esquema sincero y serio para la gestión pública que evite la tentación recurrente a la ingeniería organizativa y que delimite por razón funcional las pautas y los esquemas de operatividad de la Administración. A esta misma conclusión llegan BAREA y GÓMEZ CIRIA cuando afirman que «... la primera cuestión que debería abordarse para la modernización de la Administración Pública es determinar el tipo de organización que debería darse la propia Administración para hacer eficiente la producción de servicios colectivos...»⁶.

En el momento actual la publicación, en el ámbito de la Administración General del Estado, de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado⁷, parecía haber despejado las dudas sobre la situación pasada y haberse encontrado un marco estable frente a lo que ha constituido la situación de normalidad hasta la publicación de esta norma que estaba representado precisamente por la mutabilidad y el cambio continuo.

⁵ A esta cuestión se refieren, igualmente, J. BAREA TEJEIRO y A. GÓMEZ CIRIA, *op. cit.*, p. 120, que proponen «... la separación absoluta entre los órganos encargados de las líneas generales de la política y las unidades encargadas de producir los servicios colectivos de acuerdo con la distinción entre los dos tipos de funciones que realizan las Administraciones Públicas: la normativa de gobierno y la gerencia de producción...».

⁶ J. BAREA TEJEIRO y A. GÓMEZ CIRIA, *op. cit.*, p. 120.

⁷ Esta norma se publica en el BOE núm. 90, de 15 de abril de 1997. Una visión institucional de la misma puede encontrarse en el trabajo de L. MAÍZ CARRO, «El modelo de Administración propuesto por la LOFAGE», en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núms. 7-8, abril de 1997, pp. 153 ss.

Pasado poco tiempo de su publicación y no ultimada su aplicación real y definitiva, sobre todo en la que constituye su mayor potencial: los principios de organización y funcionamiento, es lo cierto que en el panorama subsiste una situación de incertidumbre sobre los modelos y una sensación de que los actuales ni son suficientes ni sirven con carácter general para el marco futuro de la gestión pública. Gran parte de la insatisfacción deriva de un hecho esencial que, a buen seguro, fue el condicionante de que la reforma plasmada en la LOFAGE no viera la luz con anterioridad. Nos referimos a la capacidad de reordenar las situaciones organizativas preexistentes que son las que han marcado las líneas generales de la situación actuales⁸.

⁸ Sin duda una de las medidas más cuestionadas de la LOFAGE se encuentra en la cadena de disposiciones adicionales de la misma cuya esencia es la de respetar algunas de las opciones organizativas plasmadas en normas específicas.

En este orden de cosas podemos citar las siguientes:

— Disposición Adicional primera. La organización militar y las delegaciones de Defensa. La citada Disposición Adicional establece que «la organización militar se rige, de acuerdo con el art. 1 de la Ley 6/1980, por la que se regulan los criterios básicos de la organización militar, reformada por la Ley Orgánica 1/1984, por su legislación específica. 2. Las delegaciones de Defensa permanecerán integradas en el Ministerio de Defensa y se regirán por su normativa específica».

— Disposición Adicional sexta. Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social. A las Entidades Gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social les serán de aplicación las previsiones contenidas en esta Ley, relativas a los Organismos Autónomos, salvo lo dispuesto en el párrafo siguiente. El régimen de personal, económico-financiero, patrimonial, presupuestario y contable de las Entidades Gestora y la Tesorería General de la Seguridad Social, así como lo relativo a la impugnación y revisión de sus actos y resoluciones y a la asistencia jurídica, será el establecido por su legislación específica, por la Ley General Presupuestaria en las materias que les sean de aplicación y supletoriamente por esta Ley. Se trata como puede verse de un régimen jurídico ciertamente confuso ya que mientras en el párrafo primero se predica una escala de fuentes que comienza con la propia LOFAGE por referencia a lo que la misma establece para los organismos autónomos mientras que el párrafo siguiente vacía dicha remisión en las cuestiones esenciales y las remite, primigeniamente, a sus normas propias y sólo a una aplicación supletoria de las normas contenidas en la propia LOFAGE. Desde esta perspectiva puede decirse que el modelo LOFAGE de gestión de la seguridad social presenta como característica central la de reenviar la regulación a las normas propias de la misma sin tener en cuenta que, en muchos casos, se trata de un reenvío de ida y vuelta ya que aquéllas suelen remitir a la regulación general y se limitan a señalar peculiaridades orgánicas en relación con la regulación de carácter general.

Las razones históricas que, en su momento, pudieron explicar la existencia de un régimen diferenciado de gestión de las entidades gestoras y de la Tesorería General de la Seguridad Social no se mantienen en la actualidad. El proceso de publicación y administrativación de los mismos hubiese justificado una opción de mayor integración y menor reconocimiento de especialidades que en muchos casos ni existen sustantivamente ni está justificado mantenerla.

— Disposición Adicional séptima. Régimen Jurídico del Consejo de Estado. La citada Disposición se limita a indicar que «el Consejo de Estado se regirá por su legislación específica». Esta remisión como puede verse no lo es condicionante sino *in toto*. En concreto debe entenderse referida a lo dispuesto en la Ley Orgánica 3/1980, de 12 de abril, del Consejo de Estado, modificada parcialmente por la Ley 13/1983, de 26 de noviembre y por la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de conflictos jurisdiccionales.

En el plano operativo por el Real Decreto 1405/1990, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

Finalmente y al margen de lo anterior es curioso observar que el esquema organizativo previsto en la LOFAGE salta por los aires precisamente para atender las necesidades de la gestión pública sanitaria con la creación de las denominadas fundaciones públicas sanitarias que se configuran como la alternativa al modelo tradicional de

— Disposición Adicional octava. Régimen Jurídico del Banco de España y de los Fondos de Garantía de Depósito en Entidades de Crédito. Esta Disposición indica, después de la reforma introducida por la Ley 20/1998, de 1 de julio, de reforma del régimen jurídico y fiscal de las Instituciones de Inversión Colectiva de Naturaleza Inmobiliaria y sobre cesión de determinados derechos de la Administración General del Estado, que «el Banco de España, así como los Fondos de Garantía de Depósitos en Establecimientos Bancarios, en Cajas de Ahorro y en Cooperativas de Crédito se regirán por su legislación específica».

— Disposición Adicional novena. Régimen Jurídico de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, del Consejo Económico y Social y del Instituto Cervantes. Sobre este punto se indica que «la Agencia Estatal de Administración Tributaria, el Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes continuarán rigiéndose por su legislación específica, por las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación y supletoriamente por esta Ley...».

— Disposición Adicional décima. Régimen Jurídico de determinados organismos públicos. «1. La Comisión Nacional del Mercado de Valores, el Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, las universidades no transferidas, el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se regirán por su legislación específica y supletoriamente por esta Ley...»

Este régimen específico se completa con tres determinaciones. Una de presente, «el Gobierno y la Administración General del Estado ejercerán en tales organismos las facultades que la normativa de cada uno de ellos les asigne, en su caso, con estricto respeto a sus correspondientes ámbitos de autonomía...». Otra, de futuro, según la cual «los organismos públicos a los que, a partir de la entrada en vigor de la presente Ley, se les reconozca expresamente por una Ley la independencia funcional o especial autonomía respecto de la Administración General del Estado, se regirán por su normativa específica en los aspectos precisos para hacer plenamente efectiva dicha independencia o autonomía. En los demás extremos y, en todo caso, en cuanto al régimen de personal, bienes, contratación y presupuestación, ajustarán su regulación a las prescripciones de esta Ley, relativas a los organismos públicos que, en cada caso, resulten procedentes, teniendo en cuenta las características de cada organismo...». Y una última conforme a la cual «los organismos públicos referidos en los dos apartados citados están sujetos a las disposiciones de la Ley General Presupuestaria que les sean de aplicación...».

— Disposición Adicional undécima. Régimen Jurídico del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos. La principal característica es su configuración como entidad pública empresarial. No obstante esta determinación general la propia Disposición Adicional va, seguidamente, indicando determinadas peculiaridades en su régimen jurídico que pasa por reconocer la aplicación de las peculiaridades que, a su vez, le había reconocido a dicha Entidad la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales para 1991.

El punto de encuentro entre la Ley de Presupuestos y la LOFAGE debía realizarse mediante la aprobación de un Estatuto de la Entidad pública empresarial, cosa que se realiza con la aprobación del RD 176/1998, de 16 de febrero, que aprueba el citado Estatuto.

Sin otro ánimo que el de establecer algunas conclusiones provisionales puede indicarse que la LOFAGE ha dejado subsistente toda una constelación organizativa. Dicha subsistencia tampoco se realiza con carácter homogéneo sino que cada uno de los fenómenos se somete a reglas propias. En unos casos la referencia expresa y global lo es a las normas de la figura administrativa en cuestión, en otras señalando, aunque sea de forma tentativa, que el régimen supletorio es el de los organismos autónomos.

El esquema apunta además a la posibilidad de que puedan crearse nuevos fenómenos de independencia funcional que, a su vez, presuponen la existencia de un modelo abierto en el que los elementos centrales de la regulación LOFAGE (Organismos públicos) no resultan suficientes para explicar los fenómenos administrativos de personificación.

base instrumental representado por una Entidad Gestora de la Seguridad Social como era, al menos, en sus orígenes el Instituto Nacional de la Salud.

Estas consideraciones de carácter general no pueden descontextualizarse. Los problemas y el propio debate sobre la gestión de la sanidad encierran un elemento esencial: la importancia de la sanidad en el marco general de la Administración pública.

En este sentido no debemos olvidar que en España como en el resto de países de nuestro entorno se ha producido un incremento cuantitativo de los gastos en materia sanitaria y de la inversión en la misma que a juicio de ABEL-SMITH se debe fundamentalmente a las siguientes razones: *a)* el incremento de la cobertura; *b)* el envejecimiento de la población; *c)* el desarrollo de las tecnologías médicas; *d)* la variabilidad de las prácticas médicas ⁹.

La necesidad de optimizar el gasto creciente y las nuevas inversiones es la que ha hecho proliferar el debate sobre las formas de gestión, muy condicionadas, además, a la tendencia al mimetismo de las formas privadas de la gestión sanitaria.

II. APUNTE HISTÓRICO SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y SU REPERCUSIÓN EN EL MODELO DE GESTIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

La organización de los servicios sanitarios en nuestra historia reciente parte de su vinculación a la seguridad social hasta su posterior independización con motivo de la publicación de la Ley General de Sanidad. Con anterioridad el fenómeno más representativo de carácter público estaba representado por la beneficencia.

Estas dos fases pueden resumirse en la forma de representarse con los períodos que se corresponden con su incrustación en el ámbito de la seguridad social y la independización de este esquema de protección.

⁹ B. ABEL-SMITH, *La reforma de los sistemas sanitarios: una voluntad de cambio. La escalada de los gastos sanitarios, ¿cómo hemos llegado a esta situación?*, Madrid, 1998, pp. 23 y 24.

1. La prestación de servicios sanitarios en el ámbito de la seguridad social ¹⁰

Al margen de otros aspectos puntuales ¹¹ el antecedente más certero del establecimiento de servicios sanitarios se encuentra en 1942 con la publicación de la Ley del Seguro de Enfermedad que comenzará a aplicarse en nuestro país el 1 de diciembre de 1943 ¹². Este seguro, que acabó absorbiendo el de maternidad que había sido introducida por Ley de 13 de julio de 1922 como consecuencia de la ratificación por España del Convenio Internacional de Washington de 1919, aparece inicialmente concebido para los «productores económicamente débiles». Se trata de una referencia potencialmente más amplia que las que inspiraban el resto de seguros de la época que se centraban en los trabajadores por cuenta ajena.

La implantación del seguro se realizó en tres fases: 1.º La medicina general, farmacia y prestaciones económicas por enfermedad se implantan a partir de 1 de septiembre de 1944 (aunque en realidad no fueron efectivas hasta 1 de marzo de 1945). 2.º Las especialidades de cirugía general, hospitalización quirúrgica, otorrinolaringología, radiología, laboratorio de análisis clínicos y servicio de practicantes, a partir de 1 de enero de 1947. 3.º El resto de especialidades, pres-

¹⁰ El siguiente cuadro puede dar una visión global sobre la repercusión real de la conexión entre la seguridad social y la sanidad universal.

Años	Aportación del Estado	Aportación de cuotas	Otros ingresos	Total financiación
1989	1.188.194	440.522	190.675	1.819.391
1990	1.402.413	503.881	135.296	2.041.590
1991	1.607.269	574.032	68.634	2.249.931
1992	1.838.097	650.302	64.701	2.553.100
1993	2.034.399	747.008	43.065	2.824.472
1994	2.266.766	771.700	51.826	3.090.292
1995	2.611.688	658.738	58.551	3.328.977
1996	2.927.809	519.493	70.530	3.517.832
1997	3.307.248	199.913	70.609	3.577.770
1998	3.636.735	103.000	73.499	3.813.234
1999	3.983.187	—	63.290	4.046.477

* Cuadro tomado de J. SÁNCHEZ REVENGA, «La financiación del gasto sanitario», en la obra colectiva *Efectos económicos del Gasto Público en Sanidad*, Madrid, 1999, p. 24.

¹¹ La Constitución de la Segunda República reconoció el derecho al seguro de enfermedad y dio origen, en 1936, a la publicación de la Ley de Bases sobre Enfermedades Profesionales.

¹² Este esquema tiene un antecedente prácticamente aceptado con carácter de normalidad en la Conferencia de Seguros Sociales, convocada por Real Decreto de 29 de junio de 1917 y que da pie a la atribución en 1919 al Instituto Nacional de Previsión de la gestión de las contingencias de enfermedad, maternidad, accidentes e invalidez, paro, vejez, supervivencia.

taciones y servicios, excepto el de hospitalización médica, a partir de 1 de enero de 1948.

En suma, la asistencia sanitaria a la que se refieren los apartados anteriores cubren la asistencia médica, asistencia farmacéutica, hospitalización y asistencia en caso de maternidad ¹³.

Este seguro de enfermedad en lo que a la gestión se refiere y como se indicaba anteriormente se gestionaba por el Instituto Nacional de Previsión, aunque funcionalmente la organización, gestión y administración se llevaban a cabo por la Caja Nacional del Seguro de Enfermedad.

Posteriormente se dicta la Ley de Bases de la Seguridad Social de 28 de diciembre de 1963 que culmina en la Ley de 1967 y en la misma línea que iba a realizarlo posteriormente la Ley General de Seguridad Social de 1974, que «a través de la seguridad social, el Estado español garantiza a las personas que por razón de sus actividades están comprendidas en el campo de aplicación de aquéllas y a los familiares o asimilados que tuvieran a su cargo la protección adecuada en las contingencias y situaciones que en esta Ley se definen y la progresiva elevación de su nivel de vida en los órdenes sanitario, económico y cultural...». Esta definición implica, en lo que aquí se analiza, que el art. 20 de la Ley de Seguridad Social establezca como una de las prestaciones que se otorgaban por la seguridad social española la de «la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional y de accidentes, sean o no de trabajo».

Las directrices esenciales de este nuevo hito normativo pasaban por señalar la libertad de elección del facultativo de medicina general, del pediatra-puericultor de familia y del tocólogo. Las plazas de médicos se creaban en función de cupos basados en la relación existente entre el número de personas con derecho a la asistencia sanitaria y el total de la población de la localidad correspondiente.

Por lo que a la organización se refiere los servicios sanitarios se estructuraban en torno a unidades de ámbito nacional ¹⁴, regional ¹⁵, provincial ¹⁶, de sector, subsector y zona ¹⁷. La delimitación de estas

¹³ Al margen de esto y dentro de los servicios de medicina preventiva e higiene social se establecía la posibilidad de la existencia de servicios de tuberculosis, venerología, asistencia psiquiátrica, enfermedades infecciosas y medicina preventiva.

¹⁴ Se trataba de servicios establecidos para la asistencia sanitaria especializada en todo el ámbito nacional.

¹⁵ Los servicios regionales extienden su ámbito asistencial a varias provincias, estableciéndose en general las capitales de distrito universitario con facultad de medicina.

¹⁶ Los servicios provinciales servían para organizar las circunscripciones territoriales en razón del número de las personas protegidas y a las características geográficas y laborales de dos niveles: sectores, que se configuraban como unidades asistenciales completas y que tenían todas las especialidades sanitarias, y subsectores, como unidades complementarias del sector

unidades corresponde al Ministerio de Trabajo a propuesta del Instituto Nacional de Previsión.

Este esquema se completaba con el régimen de las instituciones sanitarias configuradas en torno a dos conceptos: las abiertas y las cerradas. Las primeras prestaban asistencia ambulatoria¹⁸ y las segundas se configuraban como centros de hospitalización e internamiento, aunque también otorgaban, eventualmente, servicios en régimen ambulatorio en sus áreas de consulta externa¹⁹.

Este esquema organizativo se correspondía con un régimen de personal en el que la regulación del personal médico se nucleaba en torno al Estatuto del Personal Médico por Decreto 3160/1966, de 23 de diciembre, modificado en dos aspectos fundamentales en reformas de 1971 y en 1976. El art. 4.º del Estatuto configuraba la relación jurídica de los médicos como una relación de carácter jurídico-administrativa.

Por lo que al régimen de servicios se refiere el personal médico se clasificaba en torno a dos grandes categorías: a) médicos de servicios no jerarquizados que ingresaban por concurso-oposición o turno de escalas²⁰; b) médicos de servicios jerarquizados que ingresaban por concurso de méritos y son retribuidos por sueldo mensual de carácter fijo.

Por su parte el personal Auxiliar Sanitario titulado y Auxiliar de Clínica tenía en el Estatuto, aprobado por Orden de 25 de abril de 1973, su regulación esencial. La regulación tiene las mismas características que las del personal médico, esto es, la de tratarse de una relación jurídico-administrativa definida de forma estatutaria.

Fundamentalmente existían dos categorías: la de ATS. Practicantes, categoría que incluía, a su vez, otras especialidades como las de logo-

en los que se sitúa una primera asistencia especializada que normalmente comprende radiología, laboratorio, odontología, toxicología, pulmón y corazón y sin incluir especialidades quirúrgicas.

¹⁷ La zona es una unidad primaria para la organización de la asistencia que servía para delimitar el ámbito de actuación de los facultativos de medicina general.

¹⁸ Podían diferenciarse, a su vez, entre: a) centros de diagnóstico y tratamiento, dotados de servicios capaces de realizar una asistencia ambulatoria completa; b) ambulatorios, que disponen de consultan de medicina general y de pediatría y puericultura, así como de algunas especialidades; c) consultorios de medicina general, dedicados a la prestación de esta asistencia y de la pediatría y puericultura.

¹⁹ Eran susceptibles de ser encuadrados en las siguientes categorías: a) Ciudades Sanitarias o complejos asistenciales compuestos por una residencia general y otros hospitales especiales de traumatología, rehabilitación y materno-infantil; b) residencias sanitarias u hospitales generales con servicios regionales; c) residencias sanitarias provinciales u hospitales Generales básicos con un ámbito provincial de influencia; d) residencias sanitarias comarcales u hospitales locales básicos de este marco territorial.

²⁰ Uno de los problemas esenciales que se plantearon en este ámbito fue precisamente el de la interinidad. En 1975 el número de los mismos excedía de 10.000 personas debido en gran parte por la lentitud del proceso de selección. Esto motivó la reforma introducida por el Real Decreto de 9 de abril de 1976, desarrollado por la Orden Ministerial de 26 de noviembre, que distribuyó las plazas jerarquizadas por mitad entre las que se proveían por concurso-oposición y el denominado turno de escalas que se incorporan por méritos.

pedas o fisioterapeutas y las de matronas y enfermeras; la característica común es que para todas ellas se necesitaba una titulación de grado medio; y la de Auxiliares de Clínica, personal femenino no titulado que realizaba los servicios complementarios de la asistencia sanitaria.

El sistema de selección es descentralizado y de carácter mensual.

El esquema se completa con la regulación del personal no sanitario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social que establecía también una regulación de carácter administrativo y que incluía, en todos sus grados y niveles de titulación, el personal que se necesitaba para completar la prestación de los servicios sanitarios. Esta regulación se establece en el Estatuto aprobado por Orden de 5 de julio de 1970.

2. La independización del modelo conectado con la seguridad social y la universalización de la sanidad

Como señalan MUÑOZ MACHADO, GARCÍA DELGADO y GONZÁLEZ SEARA «el Estado de bienestar... supone un cambio en los planteamientos. La salud individual, la de todos y cada uno de los ciudadanos con independencia de que sean indigentes o trabajadores no es ya considerada un asunto privado del que se desentienda la colectividad. Por el contrario, el Estado y sus Administraciones, sin retroceder en sus funciones clásicas de protección de la salud pública, pretenden garantizar las prestaciones sanitarias necesarias para mantener y restablecer la salud individual...»²¹.

Esta transformación es fruto del proceso de constitucionalización del derecho a la salud que se realiza en 1978 y en la que la salud aparece formalmente diferenciada de la seguridad social²².

Desde una perspectiva normativa la publicación de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, supone el hito fundamental con el que articular el proceso de universalización del derecho. Este proceso se completa con una larga serie de normas que ampliaron aquél para colectivos específicos²³.

²¹ S. MUÑOZ MACHADO, J. L. GARCÍA DELGADO, L. GONZÁLEZ SEARA y otros, *Las estructuras del bienestar. Derecho, economía y sociedad en España...*, Madrid, 1997, pp. 218 y 219.

²² Recuérdese lo que dispone el art. 43 de la Ley General de Sanidad cuando indica que «1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud. 2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios sanitarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto. 3. Los poderes públicos fomentarán la educación sanitaria...».

²³ Sin carácter de exhaustividad pueden citarse las siguientes: RD 34/1984, de 4 de enero, de ampliación de las prestaciones sanitarias a los trabajadores autónomos y familiares; RD 1377/1984, de 4 de julio, de ampliación hasta los veintiséis años de la edad para ser beneficiario en tanto descendiente de titular conviviente o desempleado con derecho a cobertura; Ley 31/1984, de 2 de agosto, sobre el derecho a la asistencia sanitaria de los trabajadores en paro y familiares una vez agotadas las prestaciones o el subsidio por desempleo; Orden del Ministerio de Trabajo y

Desde una perspectiva de gestión es lo cierto que la aportación de la Ley indicada se centra en la creación del Servicio Nacional de Salud, en el que se integran, al menos conceptualmente, las estructuras y servicios públicos de la Administración General y de las Comunidades Autónomas.

Recordemos, a este respecto, que el art. 148.1.21 de la Constitución atribuye a las Comunidades Autónomas la posibilidad de asumir competencias exclusivas en «sanidad e higiene», si bien dichas competencias deben «compensarse» con la facultad que el art. 149.1.16 atribuye al Estado en cuanto titular de la competencia exclusiva respecto de la sanidad exterior. Bases y coordinación general de la sanidad. Legislación sobre productor farmacéuticos. Este marco competencial ha propiciado que la mayor parte de las Comunidades Autónomas hayan asumido las competencias de desarrollo legislativo y ejecución de la normativa básica del Estado en materia de sanidad²⁴, aunque alguna mantengan en sus normas estatutarias la asunción de la competencia exclusiva sobre la sanidad interior e higiene²⁵. Este marco competencial se completa con la determinación que se contiene en algunos Estatutos de Autonomía en el sentido de que las mismas puedan organizar y administrar los servicios relacionados con la materia sanitaria²⁶.

III. EL RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO DE LA SANIDAD

La afirmación inicial respecto de la necesidad de encontrar un modelo de gestión encuentra en este ámbito su mayor justificación

Seguridad Social por la que se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria del trabajador despedido en tanto pendiente de resolución por demanda de despido improcedente o nulo; Resoluciones de 29 de diciembre de 1984 y 11 de noviembre de 1985, por la que se reconoce el derecho a la asistencia sanitaria de los convivientes de hecho y los adoptados; RD 1682/1987, de ampliación de la cobertura sanitaria a mayores de veintiséis años, desempleados y convivientes con el titular; Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas a la seguridad social.

²⁴ En este apartado se encuentran: País Vasco (arts. 10.15 y 18.1 del Estatuto de Autonomía); Cataluña (arts. 9.11 y 17.1 del Estatuto de Autonomía); Galicia (art. 33.1 del Estatuto de Autonomía); Andalucía (arts. 13.21 y 20.1 Estatuto de Autonomía); Principado de Asturias [art.11.g) del Estatuto de Autonomía]; Cantabria (art. 23.3 del Estatuto de Autonomía); La Rioja (art. 9.5 del Estatuto de Autonomía); Región de Murcia [art. 11.f) del Estatuto de Autonomía]; Valencia (arts. 31.11 y 38.1 del Estatuto de Autonomía); Castilla-La Mancha (art. 32.3 del Estatuto de Autonomía); Canarias (art. 32.7 del Estatuto de Autonomía); Navarra (art. 53.1 LORAFNA); Extremadura (art. 8.6 del Estatuto de Autonomía); Comunidad de Madrid (art. 27.7 del Estatuto de Autonomía) y Castilla y León (art. 27.1 del Estatuto de Autonomía).

²⁵ En este grupo se encuentran: Aragón (art. 35.20 del Estatuto de Autonomía), e Islas Baleares (art. 10.12 del Estatuto de Autonomía).

²⁶ Se encuentran determinaciones expresas en los siguientes Estatutos: País Vasco (art. 18.4); Cataluña (art. 17.4); Galicia (art. 33.4); Andalucía (art. 20.4); Principado de Asturias [art.11.j)]; La Rioja (art. 9.9); Región de Murcia [art.11.k)]; Comunidad Valenciana (art. 38.4); Aragón (art. 36.1); Castilla-La Mancha (art. 32.3); Canarias (art.32.9); Navarra (art. 53.2); Extremadura (art. 8.6); Islas Baleares (art. 11.7) y Castilla y León (art. 27.1.2). Frente a esto no prevén la asunción de esta competencia los Estatutos de Cantabria y Madrid.

ya que, como acaba de indicarse, se ha centrado tradicionalmente en el establecimiento de un modelo específico al margen de la dicotomía tradicional entre el régimen de funcionarios públicos y trabajadores. La referencia a que se trata de un régimen estatutario en el seno del Derecho público no ha servido para aclarar definitivamente la cuestión.

Probablemente por esta falta de aclaración y concreción la STC 170/1988, de 29 de septiembre, sugería, como indica CASTILLO BLANCO, la necesidad de actualizar el régimen jurídico del personal estatutario. Esta afirmación se deduce de la referencia a «la existencia de un régimen especial, de carácter estatutario, en la relación de servicios de los médicos de la seguridad social excluidos del Estatuto de los Trabajadores en materia de jornada de trabajo y descansos no implica vulneración del principio de igualdad, sino una regulación legal distinta... aunque ciertamente falta *un marco mínimo de referencia que se presta a abusos y que los poderes legislativo y ejecutivo deben resolver... entre tanto los órganos jurisdiccionales pueden resolver el problema en términos de legalidad ordinaria...*»²⁷.

Al margen de la referencia a la necesidad de actualización es lo cierto que la opción clásica de organización a la que anteriormente nos hemos referido ha sido la de establecer una relación administrativa *sui generis*, diferenciada de la de los funcionarios públicos tradicional. No obstante, como señala CASTILLO BLANCO, «la citada conclusión no ha sido fácil ni pionera en el tiempo y si nos detenemos a estudiar los pronunciamientos jurisdiccionales acaecidos, en prácticamente todas las instancias, observaremos una evolución lenta y difícil que no ha estado exenta de contradicciones...»²⁸. La STS de 1 de abril de 1991 determina finalmente la condición estatutaria de este personal y en concreto la exclusión de la regulación por medio del Derecho laboral.

Fuera de esta consideración es lo cierto que un breve apunte histórico demostró que ha existido en la regulación una tensión entre la opción laboral y la funcionarial. La opción intermedia, denominada estatutaria, aporta nada a su naturaleza jurídica que no es otra que la de una relación de carácter administrativo definida desde normas

²⁷ Cita tomada de F. CASTILLO BLANCO, «El marco normativo de los médicos al servicio de la sanidad pública», en la obra colectiva *Manual Jurídico de la Profesión Médica*, A. PALOMAR OLMEDA y otros, Madrid, 1998, p. 885.

²⁸ F. CASTILLO BLANCO, «El marco normativo de los médicos al servicio de la sanidad pública», en la obra colectiva *Manual Jurídico de la Profesión Médica*, A. PALOMAR OLMEDA y otros, Madrid, 1998, p. 889. En concreto y como muestra de la afirmación que indica cita la STS de 14 de septiembre de 1982 cuando señala que «la naturaleza de la relación entre las Entidades Gestoras y los servicios de la seguridad y, en su caso, con el personal a su servicios —concretamente los médicos de las Instituciones Sanitarias— ha sido esclarecida por la doctrina legal, estableciendo que se trata de una relación laboral, especial y atípica a la que son de aplicación preferente sus normas rectoras específicas y sólo supletoriamente las que regulan las relaciones laborales ordinarias (SSTS de 19 de noviembre de 1973, 2 de diciembre de 1974 y 1 de junio de 1982)».

dictadas unilateralmente por la Administración y que, por tanto, configuran un régimen estatutario.

Las reflexiones que se realizan seguidamente tratan de analizar esta problemática aún no resuelta sobre el modelo de empleo público de la sanidad.

1. El modelo de los cuerpos generales y de la formulación estatutaria

Antes de efectuar otras consideraciones sobre el modelo de organización de la sanidad parece necesario a los efectos de evaluar la importancia del problema analizar algunos datos numéricos sobre la realidad examinada:

— *Número de efectivos del personal al servicio de las instituciones sanitarias de la seguridad social.* Mayo 1996: 132.324, que representan un 21,7 por 100 del conjunto de los empleados públicos de la Administración General del Estado (610.240 en mayo de 1996)²⁹. A 1 de julio de 1999 el personal al servicio de las instituciones sanitarias de la seguridad social asciende a 135.377 efectivo, lo que supone un 23,7 por 100 del personal que presta servicios en la AGE y que en la misma fecha se cifra en 570.565.

²⁹ Registro Central de Personal, mayo 1996.

CCAA	INSALUD	ISM	Total
Andalucía	—	301	301
Aragón	12.039	—	12.309
C. F. de Navarra	—	—	—
C. de Madrid	42.504	38	42.542
C. Valenciana	48	174	222
Canarias	—	122	122
Cantabria	5.156	32	5.188
Castilla-La Mancha	13.472	—	13.472
Castilla y León	22.660	—	22.660
Cataluña	—	43	43
Extremadura	8.499	—	8.499
Galicia	—	583	583
Islas Baleares	5.179	29	5.208
La Rioja	1.996	—	1.996
Principado de Asturias	9.788	61	9.849
País Vasco	—	133	133
R. de Murcia	8.205	34	8.239
Ceuta	601	6	607
Melilla	621	—	621
TOTAL	130.768	1.556	132.324

— *Número de efectivos en el conjunto de Comunidades Autónomas.* Mayo 1996: 168.201, que representan un 27,1 por 100 del personal que a dicha fecha prestaban servicios en las Comunidades Autónomas (620.474). A 1 de julio de 1999 el personal estatutario que presta servicios en las Comunidades Autónomas asciende a 187.729, que representa un 27,2 por 100 del total de personal de las mismas y que en la misma fecha asciende a 690.370.

Es evidente que el Estado de nuestros días se presenta con un fuerte compromiso de futuro en materia de sanidad que trasciende ya al propio ámbito de la seguridad social camino de una universalización total de la población y de la gestión de la misma por el conjunto de los poderes públicos. No obstante, y en lo que se refiere a la regulación jurídica del personal sanitario, existen algunos puntos de controversia por resolver. Su formulación sobre la base de los tres grandes Estatutos que se han indicado debe dejar paso en algún momento a una regulación diferente que sea capaz de enlazar con la regulación general del empleo público a la vez que mantiene la necesaria eficacia en la gestión pública.

En síntesis la cuestión a resolver es si es válida, como fórmula de organización, la configuración de la sanidad con referencia a cuerpos o escalas de funcionarios en un concepción paralela pero mimética a la de los cuerpos generales de funcionarios públicos.

La referencia a su regulación implica, al menos, una doble consecuencia en orden a su interpretación. Por un lado, su exclusión del ámbito de aplicación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, y por otro, su consideración como personal público sometido a la determinación unilateral y general de las condiciones de trabajo por parte de los poderes públicos sanitarios.

En este esquema global tercia una norma de desarrollo parcial de las prescripciones constitucionales que permite una convivencia transitoria de regulaciones pre y posconstitucionales y que en el contexto de una regulación sustantiva y material establece una serie de determinaciones sobre esta materia. Nos referimos a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, que contiene una referencia al régimen jurídico el personal en el ámbito sanitario en el art. 84 cuando afirma:

«1. El personal de la Seguridad Social regulado en el Estatuto Jurídico del Personal Médico de la Seguridad Social, en el Estatuto del Personal Sanitario titulado y auxiliar de clínica de la Seguridad Social, en el Estatuto de personal no sanitario al servicio de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, el personal de las Entidades Gestoras que asuman los Servicios no transferibles y los que desempeñen su trabajo en los servicios de Salud de las Comunidades Autónomas,

se regirán por lo establecido en el Estatuto Marco que aprobará el Gobierno en desarrollo de esta Ley...

2. Este Estatuto Marco contendrá la normativa básica —aplicable en materia de clasificación, selección, provisión de puestos de trabajo y situaciones, derechos—, deberes, régimen disciplinario, incompatibilidades y sistema retributivo, garantizando la estabilidad en el empleo y su categoría profesional. En desarrollo de dicha normativa básica la concreción de las funciones de cada estamento de los señalados en el apartado anterior se establecerá en sus respectivos Estatutos que se mantendrán como tales...»

Este denominado Estatuto Marco del que llegaron a existir algunos proyectos (la mayor parte de las veces sin rango legal pese a que la deslegalización que se contiene en el art. 84.2 puede considerarse dudosamente constitucional después de la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional sobre el art. 103.3 de la Constitución) y que no ha llegado a ver la luz en ningún momento se plantea en un contexto que permite enmarcarlo en un plano más amplio.

Así, en primer término, es necesario indicar que al tratarse de empleados públicos —aunque sean de un ámbito específico— su regulación futura no podrá desconectarse de la que, con carácter general, se realice del art. 103.3 de la Constitución —referido a la totalidad de los funcionarios públicos—, y de la que en el marco de la distribución territorial se dicte con el amparo del art. 149.1.18 de la Constitución para la totalidad de los empleados públicos en la determinación de las condiciones básicas que afecten a los mismos en el conjunto del territorio español.

Es curioso comprobar cómo esta perspectiva no estaba ni siquiera apuntada en el art. 84.2 de la Ley General de Sanidad que, como se ha visto, no contiene ni una sola referencia a su condición genérica de empleados públicos, probablemente porque en el momento de su redacción no se habían superado las concepciones marginales respecto de aquel concepto en las que siempre se había movido este tipo de personal.

Como consecuencia de este replanteamiento de la situación lo que resulta evidente es que con la misma aflora, de nuevo, la tensión entre la uniformidad y la especialidad regulativa de las condiciones de empleo de este personal. Es éste uno de los grandes retos a los que se refiere el propio enunciado del apartado que se examina, esto es, una de las dos transiciones futuras. Esta tensión no puede resolverse predicando el uniformismo decidido de la regulación. Es claro que éste es un colectivo en el que las pautas convencionales del modelo de carrera y promoción profesional, el sistema de retribuciones, e, incluso, las propias condiciones de trabajo justifican un cierto tratamiento diferencial que dé satisfacción a un área de servicio en el que no cabe negar las especialidades.

El problema, una vez más, es de límites y de modelos. Si las normas sectoriales señalan las diferencias sin la existencia de un marco general en el que desarrollar las mismas será difícil reconducir a la unidad ni siquiera los elementos más nucleares de la relación de empleo público. Si, por el contrario, el art. 103.3 de la Constitución realiza un desarrollo general que dé cumplimiento, con un alcance general, a las determinaciones específicas que en el mismo se contienen (existencia del derecho de sindicación, huelga, mérito y capacidad en la selección, establecimiento de un sistema de incompatibilidades, etc.) y a continuación remite a las normas específicas el señalamiento de las características diferenciales habremos reducido el margen de la dispersión que mantendrá así un régimen general en los aspectos constitucionalmente determinados. Estas diferencias si afectan, como sería el presente caso, a lo que el Tribunal Constitucional (STC 99/1987) entendió como comprensivo del concepto estatuto de los funcionarios públicos sólo podrán realizarse mediante norma con rango de ley. En consecuencia lo que se está señalando es que pese a la habilitación normativa de la Ley General de Sanidad se entiende que el señalamiento de las condiciones de empleo del personal al servicio de la sanidad debe ser efectuado por una norma legal en cuanto está afectado por el principio de reserva de ley que se contiene en el art. 103.3 de la Constitución en relación con el art. 149.1.18 de la misma.

De esta forma la primera de las transiciones exige adaptar este personal a un marco general y homogéneo del conjunto de los empleados públicos que dote a los mismos de los elementos esenciales de coherencia genérica. Una vez realizado este proceso y en ese marco constitucional común podría producirse el desarrollo sectorial concreto, especialmente, si el proceso de transferencia de competencias no supone un vaciamiento real de la gestión de la Administración General del Estado en esta materia.

Es éste el punto de arranque de la segunda transición a la que conviene referirse en este punto. El peso actual de la gestión centralizada de la sanidad hace que lo que en estos momentos puede llegar a ser un problema deje de serlo en un futuro próximo si el proceso de transferencias se ultima. El equilibrio entre regulación general-especial, al que anteriormente nos hemos referido debe dejar paso al de los equilibrios-desequilibrios por razón de ubicación geográfica y prestación de servicios en el marco de modelos diferentes. La pauta de resolución del conflicto es aquí de otra naturaleza y no se resuelve sino con la determinación de un conjunto básico homogéneo territorialmente, que la experiencia en este campo demuestra que tiende a ser cada vez más reducido y con establecimiento de algunos controles, como el presupuestario, que son de alcance general y global para todos los empleados públicos. No obstante, si bien es cierto que la transición a la que nos hemos referido anteriormente se plantea en un contexto

más global y afecta a una serie de sectores uno de los cuales es el aquí señalado, la cuestión que ahora analizamos y que se está poniendo de manifiesto con gran crudeza en la huelga de médicos de 1995 y, ahora, con motivo de la «congelación salarial» de los empleados públicos para 1997, comienza a presentar un perfil en el que la solución no aparece tan clara.

En este sentido es necesario recordar que fruto de su capacidad organizativa las Comunidades Autónomas con competencias en materia de sanidad organizan sus servicios de una forma que puede llegar a tener repercusiones sobre el montante global de las retribuciones de sus empleados, bien por mayor dedicación, bien por una consideración de mayor entidad de sus responsabilidades³⁰. Este modelo diferencial provoca una tensión interadministraciones que intenta paliarse con el «peso» de las limitaciones del incremento retributivo que se consignan en la Ley de presupuestos de cada año.

Aunque la doctrina de los Tribunales ha venido intentando aplicar el factor de disciplina presupuestaria general (SSTS de 13 y 16 de abril de 1991) es evidente que la misma no tiene ni puede tener el alcance general que se pretende. Las desviaciones derivadas de la aprobación de nuevas relaciones de puestos de trabajo o de la creación de nuevos órganos no tienen cabida en aquel concepto y producen un efecto incrementalista del gasto de personal que tensiona sobre el gasto público en su conjunto que, sobre todo, y desde la perspectiva que aquí analizamos provoca un efecto de diferenciación territorial sobre el que va a discutirse en el futuro probablemente con mayor intensidad que sobre la primera de las cuestiones apuntadas ya que, en esencia, lo que debate es el propio modelo y alcance de las prestaciones públicas y de las condiciones de vida en el seno de un Estado territorialmente descentralizado.

2. La proyección del modelo en el decaído Proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública

En el *Boletín Oficial de las Cortes Generales* (Congreso de los Diputados, VI Legislatura, Serie A, núm. 177.1) se publica el Proyecto de Ley del Estatuto Básico de la Función Pública. La disolución de las

³⁰ Esta posibilidad está expresamente prevista en el Real Decreto 137/1984, de estructuras básicas de salud, que en su art. 10.2 establece que «las Comunidades Autónomas a las que hayan sido transferidos los servicios sanitarios antes dependientes del Instituto Nacional de la Salud, dentro de los límites presupuestarios correspondientes a los servicios transferidos, podrán optar por establecer o no la organización que regula este Real Decreto, con pleno respeto siempre a sus principios generales en la coordinación y planificación. Todo ello sin perjuicio de lo que en su día establezca la legislación que desarrolle el art. 149.1.16 de la Constitución Española». No obstante, la Sentencia del Tribunal Constitucional 182/1988, de 13 de octubre, matizó el alcance de este precepto y negó su condición de norma básica.

Cortes Generales realizada en los primeros meses del año 2000 ha impedido su tramitación y aprobación definitiva. No obstante esta referencia ineludible a las vicisitudes parlamentarias es lo cierto que su publicación se convierte en un elemento esencial y referencial de lo que previsiblemente puede ser el marco general del empleo público del futuro. Por este motivo parece útil su análisis e interpretación.

Las líneas generales del AEBFP pueden resumirse, siguiendo al Secretario de Estado para la Administración Pública ³¹, en las siguientes:

— Por una parte, establece un sistema de bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas que, al tiempo que incorpora las reglas que dotan al sistema de señas de identidad necesarias para la articulación de un modelo homogéneo de Función Pública, resulte válido para las distintas Administraciones públicas conformen unos sistemas propios de Función Pública que garanticen el adecuado cumplimiento de las políticas públicas diseñadas por sus órganos de gobierno.

— Por otro lado, intenta agotar, en la medida de lo posible, la competencia exclusiva que la Constitución reconoce al Estado para determinar el régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones públicas. Ello puede producir una primera engañosa impresión de que se está ante un texto demasiado amplio. Sin embargo, de la detenida lectura del mismo se desprende que sólo incorpora, además de los principios constitucionales de Función Pública, este mínimo conjunto de reglas que hacen que el modelo tenga las imprescindibles señas de identidad.

— En tercer lugar, el Estatuto dota al modelo de un apreciable grado de flexibilidad, al objeto de que resulte válido para todas las Administraciones públicas con independencia de su tamaño, de las competencias que desempeñan y de la naturaleza de la relación de servicios del personal que en ellas trabajen.

— Y por último, establece instrumentos de políticas de recursos humanos adecuados a las necesidades actuales de las Administraciones públicas y de la sociedad española.

El AEBFP establece un sistema doble para la determinación del ámbito de aplicación. Por un lado, en el art. 2 se refiere al personal al que resulta de aplicación el mismo y que está representado por «el personal funcionario y estatutario de las siguientes Administraciones Públicas y Organismos Públicos de ellas vinculadas o dependientes:

³¹ Tomadas de la comparecencia del Secretario de Estado para la Administración Públicas (señor Villar García-Moreno) ante la Comisión de Administraciones Públicas para explicar las líneas básicas del Anteproyecto de Estatuto Básico de la Función Públicas (*Boletín Oficial del Congreso de los Diputados*, núm. 256, de 4 de junio de 1997, p. 7375).

- a) Administración General del Estado y de la Seguridad Social.
- b) La Administración de las Comunidades Autónomas y Ciudades de Ceuta y Melilla.
- c) La Administración de las Entidades Locales.
- d) La Administración de los Servicios de Salud».

Adelantemos, antes de proseguir, que la formulación expuesta adolece de una clara incorrección técnica que arrastra una formulación vulgar: la de referirse a la seguridad social, a los Servicios de Salud y la militar (art. 2.2) precediendo su condición de Administración. Todas estas figuras son o bien Administración General o son organismos públicos vinculados o dependientes de la misma. En el primer caso —AGE— quedan condicionados por la personalidad jurídica única a la que se refiere el art. 2.2 de la LOFAGE³², por lo que no pueden constituirse como Administración independiente de aquella a la que pertenecen. En segundo término y se nos referimos a organismos públicos vinculados o dependientes, esta relación instrumental les impide que su simple agrupación les constituya en Administración diferenciada de aquella a la que están vinculados.

En lo que al personal sanitario se refiere debe tenerse en cuenta lo previsto en el art. 4 cuando señala que «en desarrollo del presente Estatuto, las Cortes Generales aprobarán la Ley de Función Pública de la Administración General del Estado...». Pero el esquema se completa con una referencia más amplia en el apartado segundo cuando señala que «el presente Estatuto se aplicará al personal docente, al personal investigador, al de administración y servicios de las Universidades y *el estatutario del Sistema Nacional de Salud con las especificidades previstas en las Disposiciones Adicionales tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima...*».

De estas especificidades es la séptima la que se refiere al personal estatutario de los Servicios de Salud. La regulación prevé dos momentos determinantes: antes y después de la publicación de un Estatuto Marco del personal estatutario de los Servicios de Salud, previsto en la Disposición Adicional séptima, apartado 1. El objeto esencial del mismo es establecer las bases del régimen jurídico de este personal.

Respecto del Estatuto Marco se establecen dos referencias evidentes:

- a) Procedimiento de elaboración. Se prevé que el Gobierno, previo informe del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud y previa negociación con las Organizaciones Sindicales representativas, según lo establecido en los arts. 6 y 7 de la Ley Orgánica 11/19985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, remitiese al Congreso de los

³² El citado artículo señala que «la Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única».

Diputados esta norma con la que dar cumplimiento, como anteriormente se ha dicho, a lo previsto en la Ley 14/1986, General de la Sanidad.

b) Contenido esencial. La Disposición Adicional séptima se limita a indicar que la regulación tendrá la condición de normativa básica y establecerá «los aspectos esenciales de la relación de servicio del personal estatutario de las instituciones sanitarias públicas desarrollando los principios establecidos en esta Ley, adaptados a las específicas características del ejercicio de las profesiones sanitarias, de la Organización del Sistema Nacional del Salud y del servicio sanitario-asistencial...».

Esta regulación se completa con otra determinación de orden competencial según la cual «la regulación se hará con estricto respeto a las competencias de ordenación de los recursos humanos de los respectivos Servicios de Salud que corresponden a las Comunidades Autónomas... en el citado Estatuto Marco se regulará la composición y funciones de la Mesa de negociación del Sistema Nacional de Salud...».

Se trata de una afirmación ciertamente evidente ya que en el marco de un Estado descentralizado y con un esquema constitucional de reparto competencial la cuestión no podía ser abordada de otra forma.

El régimen previsto para después de la aprobación del Estatuto Marco se completa con una serie de determinaciones de carácter transitorio, esto es, las que tienen por objeto determinar el régimen aplicable en tanto no se aprueba aquél.

En este sentido se indica que se estará a lo establecido en la Disposición Final segunda que regula la entrada en vigor de esta Ley³³. Esta determinación se completa con la indicación en el sentido de indicar que «en cualquier caso, durante dicho período se seguirán aplicando las normas actualmente vigentes en materia de clasificación profesional, modalidades de prestación del servicio, procedimientos de selección y provisión de plazas, regulación del personal directivo y su nombramiento, del personal interino, retribuciones, situaciones administrativas y régimen disciplinario; asimismo se mantendrán, en desarrollo del Capítulo XVIII de este Estatuto Básico, las Mesas Sectoriales de personal de las Instituciones Sanitarias y el orden jurisdiccional competente según las materias de que se trate, todo ello sin perjuicio de las competencias propias de las Comunidades Autónomas para la regulación de estas materias...».

³³ La Disposición Final, apartado segundo, establecía que «hasta que se dicten las referidas normas se mantendrán en vigor, en cada Administración Pública, las que actualmente regulan las materias correspondientes a dichos Capítulos, normas que de forma excepcional y con carácter transitorio podrán ser objeto de las modificaciones de rango legal o reglamentario que en cada caso corresponda, que sean imprescindibles para el adecuado funcionamiento de la Función Pública de cada Administración...».

Desde esta perspectiva cabe indicar que nos encontramos ante un primer equívoco: la normativa básica no tiene por qué identificarse en exclusiva con el Estatuto Básico ya que los Estatutos de desarrollo pueden contener preceptos que materialmente tengan (o deban tener tal condición) en razón de que se trate de asegurar el funcionamiento correcto de determinadas instituciones y la igualdad de trato que se constituyen en elementos esenciales de justificación de la existencia de aquella normativa.

Es claro, por tanto, que desde la perspectiva de la técnica legislativa la conjunción de los diversos estatutos con la capacidad normativa de las distintas Administraciones territoriales conduce a panorama heterogéneo y complejo que no resuelve uno de los problemas esenciales de la regulación actual cual es su dispersión y complejidad. Las mismas quedan, con esta opción, definitivamente instaladas en este sector del Ordenamiento Jurídico.

IV. LAS MODULACIONES AL RÉGIMEN COMÚN DE EMPLEO PÚBLICO EN EL SENO DE LAS DISTINTAS FORMAS DE GESTIÓN SANITARIAS

Como en otros tantos aspectos del régimen de gestión pública la existencia de un régimen general y uniforme se presenta como un esquema no suficiente para la regulación general. De ahí que las técnicas de organización sirvan para la creación de nuevas figuras cuya característica a los efectos de lo que aquí se analiza es la de suponer la existencia de modulaciones y especificaciones en el régimen general del empleo al que sucintamente nos hemos referido.

1. Análisis específico del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de Salud

La Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, fruto de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, estableció que la gestión de los centros y servicios sanitarios y sociosanitarios podría llevarse a cabo directo o indirectamente a través de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho. En la Exposición de Motivos del citado texto legal se enuncian, a modo indicativo, las formas que pueden resultar admisibles en dicho concepto, citando expresamente las empresas públicas, los consorcios o las fundaciones dentro de las que pueden tener cobertura en él.

El apartado 1 del artículo único de la Ley 15/1997 habilita al Gobierno para determinar reglamentariamente las formas jurídicas,

los órganos de dirección y control, el régimen de garantías de las prestaciones, la financiación y las *peculiaridades en materia de personal de las entidades que creen para la gestión de los centros y servicios mencionados*.

Al margen de esto la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, crea las fundaciones sanitarias con la categoría de organismos públicos dentro de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

El RD 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, trata de desarrollar ambas normas legales dentro del ámbito de gestión de la AGE y resulta de aplicación «a los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria gestionados por el Instituto Nacional de la Salud, que adopten cualesquiera de las nuevas formas de gestión previstas en el artículo siguiente...» (art. 2). Sobre esta base el art. 3 establece las denominadas «nuevas formas de gestión» que incluyen las fundaciones (constituidas al amparo de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre), consorcios³⁴, sociedades estatales³⁵ y fundaciones públicas sanitarias. Pueden también incluirse otras entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho, garantizando y preservando en todo caso su condición de servicio público.

Sobre esta base el RD 29/2000 establece una serie de disposiciones comunes a las nuevas formas de gestión que se contemplan en el Capítulo II del mismo y se refieren a la planificación, coordinación y cooperación, a los criterios de gestión de los centros de servicios y establecimientos sanitarios, el régimen económico-financiero, el régimen de gobierno y dirección de los centros sanitarios que adquieran personalidad jurídica, las garantías a los ciudadanos, las reclamaciones que los mismos pueden presentar y, finalmente, al régimen de personal.

Las características comunes al régimen de personal pueden resumirse en las siguientes:

³⁴ Al margen de otras vicisitudes puede decirse que los consorcios nacen en nuestro Ordenamiento Jurídico de la normativa local. La nueva redacción de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, configura los mismos en el seno de la ejecución de convenios administrativos de colaboración administrativa. El art. 6.5 de la misma establece que «cuando la gestión del convenio haga necesario crear una organización común, ésta podrá adoptar la forma de un consorcio dotado de personalidad jurídica o sociedad mercantil. Los estatutos del consorcio determinarán los fines del mismo, así como las particularidades del régimen orgánico funcional y financiero...».

³⁵ El dictamen emitido por el Consejo de Estado con fecha 29 de diciembre de 1999 abordó la posibilidad de no incluir dentro de las nuevas formas de gestión a las sociedades estatales. Sobre esta posibilidad indicó que «no se pueden excluir las sociedades estatales como formas de gestión del sistema nacional de salud... puesto que la Ley 15/1995, de 25 abril, sanciona que la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección a la salud o de atención sanitaria o sociosanitaria podrá llevarse a cabo a través de la constitución de cualesquiera entidades de naturaleza o titularidad pública admitidas en Derecho...».

a) *Naturaleza jurídica del personal*

El art. 18 establece a este respecto que «la relación jurídica del personal que preste sus servicios en estas entidades tendrá la naturaleza jurídica establecida en las normas específicas reguladoras de cada una de las formas de gestión...».

Se trata, por tanto, de una opción por la dispersión. No hay una disposición común respecto del régimen de personal sino que el mismo será el que en cada caso prevean las normas reguladoras de las distintas formas de gestión.

Se quiebra aquí, al menos en teoría, la situación previa conforme a la cual se buscaba un régimen uniforme nucleado en torno a tres estatutos a los que repetidamente nos hemos referido. La situación, en estos momentos, es la de no establecer un régimen único sino remitirlo al que deriva de sus formas de organización elegida con libertad.

b) *Situación administrativa del personal que preste servicios en estas entidades proviniendo del INSALUD*

El art. 19 del Real Decreto prevé dos situaciones diferentes. Que el nuevo ente de gestión admita entre las fórmulas de personal la de personal estatutario o que no. En este último caso se limita a indicar que será de aplicación lo dispuesto en el art. 116 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

Esta referencia ciertamente elíptica remite a la regulación prevista en el citado artículo conforme al cual «el personal estatutario fijo del Sistema Nacional de Salud que se incorpore a las plantillas de personal de las Entidades que se constituyan conforme a lo dispuesto en el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, sobre habilitación de nuevas formas de gestión en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, pasará en relación con su plaza de origen, a la situación de excedencia voluntaria por incompatibilidad establecida en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. Durante un período máximo de tres años desde la declaración de excedencia voluntaria podrá volver a ocupar su puesto de origen. 2. El personal que, una vez transcurrido el referido plazo de tres años deja de prestar servicios en dichas entidades podrá reincorporarse con carácter provisional y en la correspondiente modalidad de atención primaria o especializada en la que fue concedida la excedencia.

En el supuesto de que no existan vacantes en dicha Área en su correspondiente modalidad el interesado podrá solicitar el reingreso

en cualquier otra. A estos efectos tendrán la consideración de vacantes las plazas básicas de la categoría desempeñadas por personal temporal...».

Esta determinación general se completa con una referencia al «personal estatutario de los centros sanitarios que se conviertan en fundaciones públicas sanitarias o en consorcios» cuya regulación consiste en indicar que mantendrán inalterable su situación de servicio activo o la que, en su caso, corresponda.

c) *Régimen de incompatibilidades*

La determinación genérica consiste en indicar que resulta de aplicación la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas.

En este esquema complejo que venimos indicando y de regulaciones por referencia se añade que «estos centros, servicios y establecimientos sanitarios tendrán la misma consideración, a efectos de incompatibilidades, que aquellos a los que se refiere el art. 2 del Real Decreto 598/1985, de 30 de abril, sobre incompatibilidades del personal al servicio de la Administración del Estado, de la Seguridad Social y de los entes, organismos y empresas dependientes...».

Esta referencia implica que «a los efectos exclusivos del régimen de incompatibilidades se entenderán entidades colaboradoras y concertadas de la Seguridad Social en la prestación sanitaria, incluidas en el sector público que delimita el art. 1 de la Ley 53/1984, aquellas entidades de carácter hospitalario o que realicen actividades propias de estos centros que mantengan concierto o colaboración con alguna de las Entidades gestoras de la Seguridad Social, siendo su objeto precisamente la asistencia sanitaria que están obligadas a prestar a los beneficiarios de cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social...».

d) *Régimen de selección del personal y provisión de puestos de trabajo*

Los principios generales en esta materia pasan por los siguientes puntos:

— La selección se efectuará mediante convocatoria pública ajustada a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad y en el marco de los criterios generales que emanen del Instituto Nacional de Salud para garantizar la actuación coordinada.

— La selección y provisión de plazas se acomodará a lo dispuesto en la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas del Personal Estatutario de los Servicios de Salud.

— En los procesos de selección y más concretamente en lo que se refiere a la composición de los Tribunales y Comisiones de Selección se aplicarán las causas de abstención y recusación previstas, con carácter general, en los arts. 28 y 29 del procedimiento administrativo común.

Estos principios son desarrollados y concretados con la publicación de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, de Selección y Provisión de Plazas del Personal Estatutario de los Servicios de Salud³⁶. Esta norma es aplicable «al personal estatutario de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas y del Instituto Nacional de las Salud, con independencia del modelo de gestión de cada centro o institución sanitaria...».

La selección y provisión de plazas del personal estatutario se rige por los siguientes principios y criterios generales:

- a) Sometimiento pleno a la Ley y al Derecho de todas las actuaciones en los procesos selectivos y de provisión de plazas.
- b) Igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la condición de personal estatutario y estabilidad en el mantenimiento de dicha condición.
- c) Libre circulación del personal estatutario en el conjunto del Sistema Nacional de Salud.
- d) Eficacia, imparcialidad y agilidad en la actuación de los tribunales y demás órganos responsables de la selección y provisión de plazas.
- e) Planificación eficiente de las necesidades de recursos y programación periódica de las convocatorias.
- f) Coordinación, cooperación y mutua información entre las distintas Administraciones sanitarias públicas y servicios de salud.
- g) Participación de las organizaciones sindicales presentes en las mesas legalmente establecidas, a través de la negociación en el desarrollo de lo previsto en esta Ley y, especialmente, en la determinación de las condiciones y procedimientos de selección, promoción interna y movilidad, del número de plazas convocadas y de la periodicidad de las convocatorias.
- h) Adecuación de los procedimientos de selección de sus contenidos y pruebas a las funciones a desarrollar en las correspondientes plazas, incluyendo la valoración del conocimiento de la lengua oficial distinta del castellano en las respectivas Comunidades Autónomas.

La concreción de estos principios en lo que se refiere al régimen de selección se plasma en la indicación de que aquélla se realizará por medio de convocatoria pública y mediante procedimientos que garanticen los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad. Las convocatorias se anunciarán en el *Boletín o Diario Oficial*

³⁶ Dicha Ley tiene por objeto sustituir al Real Decreto-ley 17/1999, de 8 de enero.

de la correspondiente Administración pública. Este sistema, para el personal fijo³⁷, es, como regla general, la del concurso-oposición aunque se admite que pueda realizarse por oposición cuando resulte más adecuada en función de las características socioprofesionales del colectivo que pueda acceder a las mismas o de las funciones a desarrollar.

e) *Régimen de representación del personal*

La referencia básica consiste en indicar que los órganos de representación son los previstos en la legislación vigente, esto es los delegados de personal y los comités de empresa en el caso del personal laboral y los delegados de personal y juntas de personal para el personal estatutario y funcionario.

2. Las determinaciones específicas en relación con el régimen de personal en las distintas formas de organización

El régimen general que acaba de enunciarse se completa con las referencias específicas según las distintas formas de organización que se contemplan en el RD 29/2000, de 14 de enero. Por este motivo el análisis debe centrarse precisamente en cada uno de ellos.

A) *Fundaciones constituidas al amparo de la Ley 30/1994*

Estas fundaciones que se someten al marco general de la Ley de Fundaciones se constituyen, en lo que a la autorización al INSALUD se refiere, por Acuerdo del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministerio de Sanidad y Consumo. Este Acuerdo del Consejo de Ministros incluye la aprobación inicial de los estatutos. El art. 41 del RD 29/2000, que establece el contenido mínimo de los mismos, indica una de las determinaciones que ineludiblemente deben contener los mismos e incluye la relativa al régimen de personal.

No obstante con carácter general el régimen de personal, según el art. 44 del RD, establece que «la relación jurídica del personal al servicio de las fundaciones será de carácter laboral y en consecuencia le será de aplicación lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y demás disposiciones de desarrollo».

³⁷ El art. 7 de la Ley 30/1999 establece para el personal temporal que la selección se efectuará a través de procedimientos que permitan la máxima agilidad en la selección, procedimientos que se basarán en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad y que serán establecidos previa negociación en las mesas correspondientes. Los nombramientos de este personal podrán ser de interinidad, de carácter eventual o de sustitución.

B) *Los consorcios*

Se entiende por consorcios «las organizaciones comunes dotadas de personalidad jurídica propia y suficiente para el cumplimiento de sus fines, que se constituyan a consecuencia de los convenios, cuyo objeto sea la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria que celebre el INSALUD con: *a)* las Comunidades Autónomas; *b)* las entidades que integran la Administración local; *c)* las entidades que integran la Administración local y con entidades privadas sin ánimo de lucro, que persigan fines de interés público concurrentes con los de las demás Administraciones públicas; *d)* con todas ellas conjuntamente...».

El art. 49 establece el contenido mínimo de los estatutos, entre el cual incluye ineludiblemente el régimen de personal. Esta determinación es sumamente importante ya que frente a lo que se analizaba en el apartado anterior, esto es, frente a la determinación de un régimen general de personal, en el supuesto de los consorcios el régimen de persona será el que se establezca en los correspondientes convenios de creación y en los estatutos del consorcio en cuestión.

En consecuencia en el supuesto de los consorcios no hay un régimen general proyectado desde la norma general sino una mera habilitación a que sean las normas de creación del consorcio las que determinen el mismo.

C) *Sociedades estatales*

A los efectos de lo que aquí se analiza tienen la consideración de sociedades estatales aquellas en las que el INSALUD tiene una participación mayoritaria o única y siempre que se constituyan para la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o atención sanitaria.

El régimen de personal parte, aquí sí, de una determinación de aplicación general según la cual el régimen de personal al servicio de las sociedades estatales es el laboral y en consecuencia le son de aplicación las normas de tal orden. No obstante esta indicación general es lo cierto que el Real Decreto prevé que las peculiaridades de su régimen de personal deben incluirse en los estatutos de la sociedad estatal conforme determina el art. 57 del mismo.

3. El supuesto específico de las fundaciones públicas sanitarias

Las fundaciones públicas sanitarias son la tercera categoría de entes públicos que aparece en un momento posterior al de la publicación de la LOFAGE y, más concretamente, con la publicación de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (art. 111) ³⁸.

La opción por incardinarlas en el ámbito de los organismos públicos sin abdicar de su condición de fundaciones plantea sin lugar a dudas algunos problemas en la determinación de su régimen jurídico. Sobre este punto BERMEJO LATRE y MIR PUIGPELAT indican que la remisión a la aplicación supletoria de la LOFAGE «supone reconocer personalidad jurídico-pública... y carácter instrumental... a este tipo de entes. Las fundaciones públicas sanitarias, por tanto, reúnen los requisitos exigidos por el art. 2.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común, para ser consideradas Administraciones Públicas...» ³⁹.

Se trata, por tanto, de un giro en el planteamiento al que anteriormente hemos aludido. Pueden existir fundaciones creadas al amparo de la Ley de Fundaciones y fundaciones públicas sanitarias. Mientras las primeras son y se rigen por el Derecho privado, las segundas se rigen por su normativa específica y, supletoriamente, por la LOFAGE. Luego tendencialmente su personalidad es pública aunque su gestión sea en Derecho privado. Esta determinación se corresponde con lo dispuesto en el art. 63 del Real Decreto 29/2000, conforme al cual «las fundaciones públicas sanitarias se regirán por lo dispuesto en el art. 111 de la Ley 50/1988, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social; por el presente Real Decreto, por sus estatutos y por lo dispuesto para las entidades públicas empresariales en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en lo no previsto en aquéllos...».

Sobre esta cuestión VAQUER CABALLERÍA nos indica que la regulación de las fundaciones públicas sanitarias pueden extraerse dos conclusiones preliminares: «... De un lado, como ya se había anticipado en otro punto del trabajo, las fundaciones públicas sanitarias no son fundaciones en sentido estricto o de Derecho privado. Son organismos públicos. Y ello sin perjuicio de que les sea parcialmente aplicable el Derecho privado..., de forma similar a cuanto ocurre con las enti-

³⁸ En esta misma línea el art. 62 del RD 24/2000 establece que «las fundaciones públicas sanitarias son organismos públicos adscritos al Instituto Nacional de la Salud...».

³⁹ J. L. BERMEJO LATRE y O. MIR PUIGPELAT, *op. cit.*, p. 581.

dades públicas empresariales de la LOFAGE... De otro, tampoco son entidades públicas empresariales, sino una categoría específica y singular de organismos públicos cuyo régimen jurídico, en lo no previsto, se integra supletoriamente con lo dispuesto para aquellas entidades en la LOFAGE. Así resulta de la Ley 50/1998, tanto de su dicción literal, que en ningún momento califica a las fundaciones públicas sanitarias como entidades públicas empresariales, sino sólo como organismos públicos, como también por su sentido, que no es otro que, sobre la base del régimen legal de las entidades públicas empresariales, construir un régimen a medida con importantes singularidades...»⁴⁰.

Desde la perspectiva del régimen de personal el art. 111 de la Ley de Acompañamiento establece las que podemos sistematizar en la forma siguiente:

a) *El Plan inicial de actuación como habilitación genérica de los recursos humanos necesarios para la prestación de los servicios*

El denominado Plan inicial de actuación es un documento que acompaña a la documentación que debe tener presente el Consejo de Ministros para la autorización de la constitución de cada una de las fundaciones.

Su aprobación corresponde realizarla a la Presidencia Ejecutiva del INSALUD e incluye, por imperativo legal, los recursos precisos para su funcionamiento.

Se convierte así en una autorización inicial de los recursos precisos para el funcionamiento de la fundación.

b) *Régimen general de empleo público*

El art. 111.5 se limita a indicar la existencia de un régimen con vocación general y otro posible y apuntado. Desde esta perspectiva se indica que «el personal al servicio de las fundaciones públicas sanitarias, con carácter general, se regirá por las normas de carácter estatutario, relativas al personal de instituciones sanitarias de la Seguridad Social».

Asimismo, podrá incorporarse personal que ostente vinculación de carácter funcionarial o laboral, al que será de aplicación su propia normativa. Esta determinación de alcanza general es objeto de una matización clara en el RD 29/2000 cuando indica que el personal de esta clase que puede incorporarse a las mismas siendo ya personal

⁴⁰ M. VAQUER CABALLERÍA, *op. cit.*, p. 92.

funcionarial o laboral sólo puede realizarse cuando «ya viniesen prestando servicios en los centros sanitarios que se conviertan en fundaciones públicas...» (art. 73 RD 29/2000).

Fuera de esta determinación general la incorporación de personal laboral o funcionarial sólo podrá realizarse previo informe de los órganos de representación correspondiente y para la realización de funciones cuya naturaleza, contenido o duración hagan más adecuadas estas vinculaciones.

c) *El régimen de directivos*

A esta cuestión se refiere el apartado 6 del citado art. 111 de la Ley 50/1998 cuando indica que «el personal directivo, que se determinará en los estatutos de la entidad, podrá contratarse conforme al régimen laboral de alta dirección, previsto en el RD 1382/1985, de 1 de agosto. Si la designación recae en quien ostente vinculación como personal estatutario fijo o funcionario de carrera, podrá efectuarse nombramiento a través del sistema de libre designación...»⁴¹.

Con estas determinaciones ciertamente escuetas hay que construir todo el régimen jurídico de este personal. La labor integradora cuya esencia sea la de construir un régimen general nos debe conducir a los siguientes puntos:

— *La exclusión del personal sanitario de la Oferta de Empleo público*

Esta afirmación tiene un doble fundamento. Por un lado, el hecho de que la Oferta de Empleo Público es un instrumento creado por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Función Pública. En el ámbito de aplicación de dicha Ley no se encuentra el denominado personal estatutario del INSALUD. Como muestra podemos analizar algunas de las últimas normas de aprobación de la Oferta de Empleo Público.

Así la regulación de la Oferta de Empleo Público correspondiente a 1996 se aprueba con motivo de la publicación del RD 159/1996, de 2 de febrero del mismo año. En esta regulación se establece lo que podemos considerar la línea general, que procedía de los últimos años,

⁴¹ En este mismo sentido el art. 73 del RD 29/2000 establece que «de conformidad con lo establecido en el art. 111.6 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, el personal directivo, que se determine en los estatutos de las fundaciones sanitarias podrá contratarse conforme al régimen laboral de alta dirección, previsto en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto. Si la designación recae en quien ostente vinculación como personal estatutario fijo o funcionario de carrera, podrá efectuarse nombramiento a través del sistema de libre designación...».

esto es, la no incorporación de referencia alguna respecto del personal sanitario dentro de las plazas a cubrir en el mismo año. Esta línea no se abandona en las ofertas futuras, en las que, por el contrario, sí aparece una referencia a la consolidación de empleo temporal e interino ⁴².

El RD 414/1997, de 21 de marzo, aprobó la Oferta de Empleo Público para 1997. El art. 10 de la misma establecía una autorización a favor del INSALUD para convocar pruebas selectivas para personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social hasta un máximo de 1.977 de personal facultativo, 5.200 de personal no sanitario, cubiertas actualmente con personal interino.

La Oferta de Empleo Público para 1998 se aprobó por RD 493/1998, de 27 de marzo. El art. 9 de la misma estableció que «podrán nombrarse funcionarios interinos docentes y de personal de administración y servicios destinados en centros docentes, *así como para cubrir plazas de personal estatutario de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social...* siempre con autorización conjunta de los Ministerios de Administraciones Públicas y del Ministerio de Economía y Hacienda...». Por su parte y en sentido contrario el art. 10 se refiere a la sustitución de empleo interino. El apartado 3 establecía que «se autoriza al Instituto Nacional de la Salud la convocatoria de pruebas selectivas para personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social hasta un máximo de 4.200 plazas de personal facultativo especialista de área, cubiertas actualmente con personal temporal...».

El RD 521/1999, de 26 de marzo, publica la oferta pública para 1999. En el art. 11 y bajo la rúbrica de sustitución del personal interino contiene un apartado 3 en el que se indica que «se autoriza al Instituto

42

<i>Años</i>	<i>Sanitarios facultativos</i>	<i>Sanitarios no facultativos</i>	<i>Personal no facultativo</i>	<i>Total</i>
1997	1.977	—	5.200	7.177
1998	4.200	—	—	4.200
1999	1.271	3.800	2.500	7.571
2000	98	1.974	350	2.422
TOTAL	7.546	5.774	8.052	21.370

Elaboración propia.

La Disposición Adicional sexta de la Ley 30/1999 establece que «al objeto de homogeneizar las relaciones de empleo de cada uno de los centros, instituciones o servicios de salud y con el fin de mejorar la eficacia en la gestión, las Administraciones Sanitarias públicas podrán establecer procedimientos de integración directa en la condición de personal estatutario de quienes presten servicio en tales centros, instituciones o servicios con la condición de funcionario de carrera o en virtud de contrato laboral fijo.

Asimismo se podrán establecer procedimientos para la integración directa del personal laboral temporal en la condición de personal estatutario temporal en la modalidad que corresponda de acuerdo con la duración del contrato de origen...».

Nacional de la Salud la convocatoria de pruebas selectiva para personal estatutario de las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social hasta un máximo de 1.271 plazas de personal facultativo, 3.8000 de personal sanitario no facultativo y 2.5000 de personal no sanitario, cubiertas actualmente con personal temporal...»⁴³.

Por su parte el RD 117/2000, de 28 de enero, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2000, mantiene la línea descrita, esto es, la no inclusión del personal sanitario en el ámbito de la misma, pero sí contiene una prescripción respecto de lo que se denomina sustitución de empleo interino que se materializa en una autorización al INSALUD para la convocatoria de pruebas selectivas para el personal estatutario de Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social hasta un máximo de 98 plazas de personal facultativo, 1.974 de personal no facultativo y 350 de personal no sanitario, cubiertas actualmente con personal interino⁴⁴.

Es claro que las Ofertas de Empleo Público no incluyen al denominado personal estatutario dentro su ámbito clásico de aplicación. Frente a esto sí contiene referencias a la consolidación de empleo dentro de este ámbito en el marco de las disposiciones complementarias que se vienen incluyendo en la Oferta de Empleo sin excesiva cobertura y que en todo caso han convertido a dicho texto en algo diferente y mucho más amplio a lo que inicial y legalmente constituyó su verdadera naturaleza.

— *La política retributiva: la necesidad del marco común*

El régimen de personal de estas fundaciones parte de la aceptación de las normas que rigen el personal estatutario. Esta remisión debe entenderse que incluye la referencia al nivel de incremento retributivo anual y a la política retributiva⁴⁵. El punto diferencial podrá encontrarse en el hecho de que algunas de las determinaciones iniciales —la existencia y el número de los directivos, por ejemplo— no aparecen

⁴³ El apartado añade que «de conformidad con lo establecido en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 1/1999, de 8 de enero, sobre selección de personal estatutario y provisión de plazas en las Instituciones Sanitarias de la Seguridad Social, el personal temporal cesará cuando se produzca la incorporación del personal estatutario fijo designado para ocupar aquellas plazas...».

⁴⁴ Al igual que ocurrió en 1999 se completa la regulación con una prescripción que indica que «de conformidad con lo establecido en el art. 7.4 de la Ley 30/1999, de 5 de octubre, en la disposición adicional cuarta del Real Decreto-ley 1/1999, de 8 de enero, de selección y provisión de personal estatutario de los Servicios de Salud, se acordará el cese del personal interino cuando se incorpore personal estatutario fijo a la plaza que desempeñe...».

⁴⁵ Así, por ejemplo, la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2000, establece en su art. 22 un porcentaje de incremento de las retribuciones para todo el personal funcionario y estatutario al servicio del sector público.

dentro del sistema normal sino que son competencia que se centra en los estatutos de la propia organización.

A estas alturas la cuestión central no es otra que la de determinar si estas nuevas figuras de gestión quedan dentro o fuera del marco común. La elusión de la oferta de empleo, la inexistencia de referencia alguna al instrumento de ordenación de recursos (relaciones de puestos, catálogos, plantillas, etc.) y su forma de aprobación hacen pensar que todo el punto de control que se puede exigir es que deriva de la aprobación de un plan inicial y de las variaciones que al mismo puedan incluirse.

— *Inexistencia de normas comunes en sintonía con las directrices generales del empleo público en lo que se refiere a la selección cuando no resulta aplicable el régimen estatutario común*

La cuestión central que se plantea en este apartado no es otra que la indicar si los principios de mérito y capacidad, traducido en la aplicación de procedimientos selectivos concursionales y celebrados sobre la base de convocatorias públicas y que admiten el conocimiento general, deben ser principios indisponibles en el seno de las formas de organización que no lo prevén expresamente. En concreto, la creación de fundaciones públicas en el marco de la Ley de Fundaciones, los consorcios y las sociedades estatales plantean esta cuestión que, desde luego, no puede considerarse menor ya que en su aplicación o elusión se ventila ni más ni menos que la elusión, a su vez, de principios constitucionales referidos al empleo público.

Recordemos que la determinación de la aplicación de principios concursionales e imparciales no está expresamente prevista en las normas de organización. Indicar, ahora, que los mismos deben existir es consecuencia de una aplicación genérica del principio de mérito y capacidad de rango constitucional y de la existencia de un régimen supletorio para dicha selección en el ámbito de la Ley 30/1984, de Medidas de Reforma de Función Pública.

A nuestro juicio si dichos principios no se aplicasen nos encontraríamos con que la simple utilización de una de las formas de gestión que libremente pueden elegirse de entre las previstas supone un régimen netamente diferencial en lo que al régimen de selección se refiere. Es cierto que en una interpretación conjunta y de contexto no puede entenderse que una norma reglamentaria sin la cobertura legal necesaria pueda producir un efecto tan extraordinariamente exorbitante del conjunto del tratamiento del empleo público. Por esto motivo y aunque nada se diga parece que los principios generales que inspiran la selección de los funcionarios no pueden ser eludidos en este ámbito.

V. LA ORGANIZACIÓN Y EL RÉGIMEN DE PERSONAL: DE LA UNIFICACIÓN A LA DISPERSIÓN

El desglose de los distintos esquemas de organización de la sanidad que se ha realizado en los apartados anteriores demuestra que es necesario encontrar un esquema de funcionamiento para la prestación de los servicios públicos y, específicamente, aquellos que suponen prestación de servicios y actividades a los ciudadanos.

Un repaso de lo ocurrido en las reformas de la Administración pública en los últimos tiempos demuestra que no existe un hilo funcional en las mismas sino que muy al contrario los cambios no han servido para reconducir a la unidad organizativa elementos funcionales similares sino que en la mayor parte de los casos supuestos que deberían tener un tratamiento homogéneo resultan heterogéneamente tratados en las formas de organización.

Esto ha propiciado que se haya aludido al principio de libertad de formas organizativas para explicar un fenómeno que de otra forma debería ser reconducido a esquemas definidos cualesquiera que sean éstos.

La dificultad de la cuestión consiste en que la disgregación organizativa ha contagiado el propio *status* de la Administración que aparece así disgregado y fragmentado sin una referencia común que cuestiona el propio encaje constitucional.

La dispersión normativa de la organización y la multiplicación de las formas de ésta tienen como fundamento la necesidad de encontrar un esquema válido para la gestión pública. Sin duda uno de los elementos de la gestión pública más necesitados de encontrar un marco válido es el del empleo público. Las ficciones jurídicas y las aproximaciones maximalista se han convertido en instrumentos no válidos ya que cuanto más nos esforzamos en indicar un modelo como elemento de aplicación general más nos encontramos con esquemas de funcionamiento alternativos fruto, precisamente, de los cambios en la organización.

El análisis de las formas de organización que se ha hecho anteriormente demuestra que no ha sido posible encontrar un modelo de empleo público sanitario de validez general. La apuesta por la denominada relación estatutaria no sirve con carácter general y parece llamada a convivir (si no a ser sustituida) por la relación laboral. La cuestión esencial es que no existe un punto de referencia funcional sino que es el propio gestor (o el Gobierno, en último término) el llamado a elegir una u otra en función de la forma organizativa elegida.

Esta circunstancia nos debe llevar a pensar si es posible reconducir a la unidad el esquema de organización y, sobre todo, si esa unidad

tiene alguna utilidad. Respecto de la primera cuestión el punto esencial pasa por admitir que la dicotomía régimen público-régimen privado no alcanza sólo a la sanidad sino, en general y más allá de las denominaciones específicas, a toda la gestión pública. El intento de replegar en el seno del Derecho público la totalidad de la regulación del empleo público se ha demostrado un intento llamado al fracaso. Cuanto más se ha hecho hincapié en esto más se ha demostrado que el crecimiento del personal laboral es un fenómeno imparable y sin posibilidad de eliminarlo.

En razón de lo que se ha planteado por diversos sectores doctrinales la necesidad de abandonar los perfiles de esta discusión para centrarse en otra: el encuentro de elementos comunes para el conjunto del empleo público que enlacen con el *status* administrativo a que la Administración está sometida por imperativo constitucional. Probablemente un planteamiento de este tipo evita lo que se ha demostrado una discusión estéril pero sobre todo evita que la cuestión organizativa salpique al propio régimen jurídico general.

En el ámbito que se analiza, esto es, el puramente sanitario si como parece debe admitir la libertad de elección de formas organizativas y por ende del régimen jurídico del personal la cuestión debe centrarse en determinar algunos puntos indisponibles en el seno de ambas relaciones. En este punto se ha indicado la preocupación porque la libertad de elección del régimen de empleo pueda suponer finalmente una limitación o directamente una elusión de los principios de mérito y capacidad. El debate sobre las formas y los procedimientos de selección no debe confundirse con el debate sobre el régimen general del empleo público. Dicho de otra forma, que la oposición no sea el único procedimiento de selección admisible no debe confundirse con que la Administración, cualquiera que sea su vestimenta formal, no puede elegir al empleado público de una forma completamente libre. El *status* constitucional de la Administración impide esta libertad. De aquí que hubiese sido más correcto concretar algunos puntos indisponibles en los diferentes regímenes. Así se ha hecho en el propio Real Decreto 29/2000 en otros ámbitos sectoriales en los que se admite esa libertad de elección ⁴⁶.

En esta misma línea la conexión con la oferta de empleo público parece esencial. Como se ha visto anteriormente el sector sanitario

⁴⁶ A modo de ejemplo puede citarse el art. 43 del Real Decreto 29/2000 cuando se refiere a la contratación de las fundaciones constituidas al amparo de la Ley de Fundaciones y señala que «1. Las fundaciones ajustarán su actividad contractual al Derecho civil y mercantil y estarán sujetas a los principios de publicidad y concurrencia, salvo en los casos no exigidos en las legislación sobre contratos de las Administraciones Públicas. 2. Dichos procedimientos se materializarán en la obligación de publicar un anuncio, al menos, en un periódico de ámbito estatal y en otro local y en la concesión de un plazo mínimo de diez días para la prestación de ofertas, a contar desde la fecha del anuncio...».

ha estado tradicionalmente al margen de la regulación general que se contiene en este instrumento. Esta exclusión demuestra la insuficiencia del mismo como elemento de planificación general del empleo público. No obstante esto si la opción es la exclusión lo que simultáneamente no puede ocurrir es que se convierta, como también se ha visto, en el instrumento para la consolidación generalizada del empleo precario. Ambas cuestiones deben tener una conexión intrínseca. El volumen de empleo admisible necesita de algún elemento general que le dé coherencia. Si las formas organizativas sirven para escapar de la disciplina general del empleo público parece claro que algo falla en términos constitucionales ya que la planificación económica general que se traduce en los Presupuestos Generales del Estado y en la Oferta de Empleo no pueden resultar burladas por la ingeniería organizativa. Se necesitan elementos de disciplina general que puedan ser conocidos e, incluso, controlados en sede parlamentaria.

Las nuevas formas de gestión de la sanidad no es fácil que puedan ser consideradas como un cheque en blanco que permita incrementar el volumen de empleo público de las mismas sin conocimiento ni autorización general.

En último término es necesario, igualmente, encontrar algún elemento, siquiera sea referencial, de disciplina general en la organización. En concreto la opción porque sean las propias normas estatutarias las que puedan fijar el número y las condiciones del equipo directivo es algo que debe pensarse desde una perspectiva general de la Administración pública y sobre todo si se recuerda que no estamos aludiendo a entidades autofinanciadas sino fuertemente dependientes de los Presupuestos Generales del Estado y del dinero público, por tanto ⁴⁷.

Desde una consideración general de Administración pública no es admisible que la libertad de formas implica descontrol del empleo ni el número del mismo, ni en su condición ni en sus retribuciones. La libertad de formas puede ser admisible pero no sin un contexto general similar al del resto de los fenómenos administrativos. Si estos esquemas limitativos no existen el alcance de la opción organizativa es de mayor calado del que se podía pensar. No se trataría por tanto de elegir el esquema de organización y funcionamiento sino que, en último término y por elevación, se trata de estar o no el sistema administrativo. La cuestión no es menor ni en el empleo público ni en el resto de cuestiones que forman el régimen jurídico-administrativo.

⁴⁷ Sobre este punto puede verse el libro coordinado por M. CARPIO GARCÍA, *Efectos económicos del Gasto Público en Sanidad*, Madrid, 1999.

FORMAS DE ORGANIZACIÓN Y RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS

Juan ZORNOZA PÉREZ

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario
Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO.—II. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y SUS EXIGENCIAS.—III. EL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN.—IV. OTROS ASPECTOS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS.—V. CONCLUSIÓN.—BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

Constituye el objeto del presente trabajo el análisis del régimen económico-financiero que corresponde a las nuevas fórmulas organizativas implantadas para la prestación de los servicios públicos sanitarios y, dentro de ellas, a las denominadas Fundaciones sanitarias. Ahora bien, no se trata tanto de entrar directamente en el examen de los detalles de dicho régimen, que adolece de una cierta indefinición, sino de arrancar de un planteamiento más general, para indagar cuáles son las formas de organización más adecuadas para el mejor cumplimiento de las funciones que incumben a las distintas Administraciones públicas y, en paralelo, sobre el régimen económico-financiero que debe corresponderles, en particular desde la perspectiva presupuestaria.

Porque con demasiada frecuencia se tiende a operar, en los procesos de reforma, como si las fórmulas de organización y gestión de las actividades y servicios públicos fueran intercambiables e indiferentes respecto a los fines que con su desarrollo se pretende cumplir, esto es, respecto a los programas legislativos que justifican y legitiman tales fórmulas organizativas (L. PAREJO ALFONSO, 1999, p. 9). Por ello, tales fórmulas aparecen, se desarrollan y consolidan, o quedan en el abandono, más como fruto de decisiones poco rigurosas, que mediante la introducción de nuevas formas organizativas pretenden inducir, de modo un tanto voluntarista, modificaciones en la gestión, que como el resultado de una reflexión serena sobre el lugar que las distintas fórmulas de organización de que disponen las Administraciones públicas deben jugar en el sistema constitucional.

Dicha forma de actuar tiene, casi siempre, su reflejo en el ámbito económico-financiero, pues una de las constantes de los procesos de reforma de las organizaciones administrativas es el intento de adaptar a las peculiaridades de cada fórmula organizativa un régimen presupuestario que, durante mucho tiempo, ha adolecido de una excesiva rigidez (J. ZORNOZA PÉREZ, 1996, pp. 247-248). En efecto, esa excesiva rigidez de los instrumentos y técnicas tradicionales de presupuestación, de gestión y control económico-financiero, que es percibida como el origen de dificultades y trabas que impedirían realizar la gestión pública de forma eficaz, está en el origen de algunas de las nuevas formas de organización y funcionamiento de las Administraciones públicas que, sin embargo, en ocasiones, obedecen a motivos menos nobles (J. M. ADÁN CARMONA, 1995, p. 107, y S. FUENTES VEGA, 1995, pp. 202-203).

En todo caso, lo que no parece tener excesiva explicación es que, en paralelo al esfuerzo de racionalización de las estructuras administrativas que, con todas sus deficiencias, supuso la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE en lo sucesivo), el Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio, autorizara llevar a cabo la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios, de forma directa o indirecta, «mediante cualesquiera entidades admitidas en Derecho»; esto es, empleando nuevas formulas organizativas al margen del modelo allí diseñado o, para ser más exactos, renunciando implícitamente a cualquier modelo de organización, al menos en el sector público sanitario, como confirmaría la posterior Ley 15/1997.

Del mismo modo, tampoco resulta sencillo entender que iniciado, tras la aprobación de la LOFAGE, el proceso para llevar a cabo una reforma del régimen presupuestario de las distintas organizaciones públicas, de nuevo se admita la aparición de nuevos regímenes económico-financieros *ad hoc* para las formas organizativas generadas para

la prestación de los servicios públicos sanitarios; sobre todo cuando esos regímenes tienen un innegable carácter fragmentario, adolecen de lagunas y ofrecen soluciones diversas para un mismo tipo de problemas en función de las Administraciones competentes. Y, en ese sentido, debe lamentarse que la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, que ha introducido un nuevo apartado 5 en el art. 6 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (LGP en lo sucesivo), para incorporar la definición de «Fundaciones estatales» a los efectos económico-financieros, no haya sido capaz de esclarecer suficientemente el régimen que les corresponde. Máxime cuando la incorporación de dicha definición al elenco de las organizaciones públicas que contiene la citada LGP no puede ser entendido sino como signo de la voluntad de insistir en el empleo de esta fórmula organizativa, en términos que todavía no están suficientemente claros, pese a su abandono por alguna de las Comunidades Autónomas que fueron pioneras en su utilización (Ley 5/2000, de 28 de diciembre, de Medidas Fiscales y de Régimen Presupuestario y Administrativo de la Comunidad de Galicia).

Por todo ello, al analizar las nuevas fórmulas organizativas aparecidas en el sector sanitario público, resulta conveniente hacer referencia a sus implicaciones económico-financieras, que son parte muy importante de la delimitación de su régimen jurídico; entre otras razones, para valorar el grado de coherencia de las soluciones adoptadas, su adecuación a las normas y principios constitucionales de carácter presupuestario y, por fin, si parecen idóneas para cumplir los propósitos que inspiraron su aparición, introduciendo mejoras perceptibles en la gestión de los servicios públicos de que se trata.

II. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y SUS EXIGENCIAS

Si aceptamos que la configuración de la Administración —de cada concreta organización administrativa— no puede ser indiferente desde la perspectiva constitucional (L. PAREJO, 1999, p. 17), con toda seguridad tampoco podrá serlo la determinación de su régimen económico-financiero, respecto al cual la Constitución (CE en lo sucesivo) formula algunas exigencias bastante precisas.

En primer lugar, porque el art. 134 CE, para hacer posible un control exhaustivo de la actividad financiera pública por parte del Parlamento, consagra los **principios de unidad y universalidad presupuestaria**. Es cierto que dichos principios habían sufrido un continuado proceso de erosión, como consecuencia de la tendencia centrífuga de ciertos sectores de la actividad pública a escapar del Presupuesto (A. RODRÍGUEZ BEREJO, 1979, pp. 198-199); pero no lo es menos que el establecimiento de regímenes diversificados para las distintas orga-

nizaciones públicas, de acuerdo con la naturaleza de sus actividades, había permitido, cuando menos, el mantenimiento formal de la unidad de un presupuesto que abarca el conjunto del sector público.

Pues bien, lo primero que deberemos preguntarnos es si las nuevas formas de organización previstas para la gestión de los servicios públicos sanitarios se integran en el sector público y, en concreto, en el sector público sanitario a que alude el art. 66 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, con la consecuencia evidente de que sus presupuestos deberán integrarse en los del Estado, a través del presupuesto de la Seguridad Social, o Comunidades Autónomas con competencias en la materia.

Ninguna duda puede plantearse respecto a los Consorcios, que como es sabido resultan de la agrupación de entidades públicas de diferente orden para la gestión de servicios y, pese a disponer de personalidad jurídica (art. 7.1 LRJAP), siguen el régimen jurídico que las Administraciones consorciadas establezcan en el convenio, lógicamente de acuerdo con la normativa que a ellas es aplicable y que, como es lógico, remite a las normas presupuestarias generales aplicables a cada Administración. Ése sería el sentido de la inexpressiva remisión a las demás normas de aplicación que, junto al convenio, menciona el art. 53 del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del INSALUD, al aludir a su régimen económico-presupuestario; al menos si atendemos a las experiencias que nos son conocidas, como la del Consorcio Hospitalario del Parc Taulí de Sabadell, cuyos Estatutos (art. 23) remiten a la Ley de Finanzas Públicas de Cataluña.

Tampoco cabe duda alguna respecto a las Fundaciones Públicas Sanitarias, que según el art. 111.10 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, tendrán el régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero establecido en la Ley General Presupuestaria (LGP en lo sucesivo) para las entidades públicas empresariales; especie de los Organismos públicos previstos en la LOFAGE, que remite su régimen presupuestario a la citada LGP (art. 58). De ahí que, incluso si no se considerase necesaria su integración en los Presupuestos del Estado, a través de los de la Seguridad Social, que es lo que resulta jurídicamente razonable, formarían parte de ellos, de acuerdo con el art. 1.g) de la Ley 54/1999, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 2000, junto a los de las otras entidades públicas empresariales y restantes organismos públicos.

Y, pese a que su incardinación entre las distintas clases de organizaciones públicas no sea sencilla, creemos que también se integran en el sector público las denominadas Fundaciones en mano pública; constituidas de acuerdo con la Ley 30/1994, al amparo de la habilitación

contenida, primero, en el Decreto-ley 10/1996 y luego en la Ley 15/1997, y que desde la Ley 50/1998 se conocen como Fundaciones «de competencia o titularidad pública». En efecto, sin entrar a discutir la idoneidad de esta singular fórmula organizativa para la gestión de servicios públicos, ni otros extremos de su régimen jurídico, existen buenos argumentos para sostener que estas entidades no pueden quedar extra-muros del régimen de presupuesto público (M. VAQUER CABALLERÍA, 1999, pp. 58 ss.); argumentos relacionados, para empezar, con los sujetos que concurren a su constitución, pues esta clase de organización se define precisamente por la calidad pública de los sujetos que efectúan la dotación fundacional, según resulta del párrafo añadido al art. 123.3 de la LGP por la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, cuando define las Fundaciones de competencia o titularidad estatal como «aquellas en cuya dotación participe mayoritariamente la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos o las demás entidades del sector público estatal».

Es cierto que las Fundaciones en mano pública no son fácilmente reconvertibles a ninguna de las formas de organización que integran el sector público a efectos de la formación del Presupuesto (arts. 48 y 50 LGP) y de su control por parte del Tribunal de Cuentas (art. 4.1 LOTCu), pero no lo es menos que nos encontramos ante entidades constituidas por entes públicos y para la gestión de servicios públicos, de modo que efectuando una interpretación extensiva de la categoría, podríamos equipararlas a las sociedades mercantiles estatales (M. VAQUER CABALLERÍA, 1999, pp. 60 ss.), aunque no sigan necesariamente su régimen presupuestario en todos los aspectos.

Así ha venido a confirmarlo el art. 44.1 de la citada Ley 14/2000, de 29 de diciembre, al incorporar la definición de Fundaciones estatales al art. 6 de la LGP, dedicado precisamente a la regulación de las sociedades estatales, lo que no puede ser interpretado como signo de la voluntad de equiparar en lo posible sus regímenes económico-financieros. Y decimos en lo posible porque seguramente la adopción de la forma «Fundación» no resulte neutral a estos efectos, determinando alguna singularidad respecto al régimen de esas sociedades mercantiles de capital mayoritariamente estatal cuyo empleo se ha querido evitar, seguramente de forma consciente, por las connotaciones negativas que hubiera podido tener.

La inclusión de las Fundaciones sanitarias en mano pública en el sector público y su correlativo sometimiento al régimen de presupuesto público, con lo que ello supone en orden al cumplimiento de los principios de unidad y universalidad, se avanzaba ya, de algún modo, en el art. 1 del Real Decreto 706/1997, por el que se desarrolló el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Seguridad Social, que se proclamaba aplicable a las Entidades Gestoras, Servicios

Comunes, Entidades colaboradoras y «sociedades estatales o entes, cualquiera que sea su denominación y forma jurídica, constituidas por aquéllas o, en su caso, por estos últimos»; empleando términos suficientemente abiertos como para permitir la inclusión de las Fundaciones que comenzaban a aparecer para la gestión de servicios sanitarios.

En el mismo sentido, la pertenencia de las Fundaciones sanitarias al sector público y su sometimiento al correspondiente régimen de presupuesto público estaba ya implícita en el art. 15 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, que estableció ciertas restricciones en cuanto al régimen de modificaciones presupuestarias aplicable a las Fundaciones de naturaleza o titularidad pública, en alusión a la forma organizativa que nos ocupa. A la misma conclusión conducían las modificaciones de la LGP introducidas por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, que dio nueva redacción al art. 100.2 para confirmar que las Fundaciones de naturaleza pública estatal se encontraban sujetas al control de auditoría a realizar por la Intervención General de la Administración del Estado (IGAE en lo sucesivo), quedando sujetas al régimen de contabilidad pública —aunque sea en términos singulares— y formando y rindiendo sus cuentas (art. 123.3 LGP), para su integración en la Cuenta General del Estado (art. 132.3 LGP), a través de los Presidentes de sus patronatos, que expresamente se incluyen en la relación de cuentadantes del art. 127 de la repetida LGP.

Quedaba claro, de ese modo, que las entonces llamadas Fundaciones de competencia o titularidad pública estatal se integraban en el sector público, lo que explicaría que su régimen económico-financiero se incorporase al Título II de la Ley 54/1999, dedicado a la gestión presupuestaria. Y, en los momentos actuales, así ha venido a confirmarlo la Ley 14/2000, al modificar la LGP en todos los preceptos a que acabamos de hacer mención, aunque sea sólo para incorporar la nueva denominación «Fundaciones estatales», que expresamente se incorpora a un nuevo apartado 5 del art. 6 de la citada LGP, que define esta forma organizativa dejando claro —al menos desde la perspectiva sistemática— que nos encontramos ante entidades asimilables desde el punto de vista económico-financiero a las sociedades estatales.

Por cierto, que también en el ámbito autonómico las Fundaciones en mano pública se integran en el sector público, quedando sujetas al régimen de presupuesto público, con todos los matices que luego se dirán, y rindiendo sus cuentas para el control por las Cámaras o Consejos de Cuentas, como prueba el Informe de fiscalización de la Fundación Hospital de Verín, para el ejercicio de 1996, emitido recientemente por el Consello de Contas de Galicia.

El citado Informe —a cuyo contenido habrá de hacerse alguna mención— permite enlazar con el segundo tipo de principios cons-

titucionales a que queríamos hacer referencia; a saber: los de **eficiencia y economía** que, según el art. 31.2 CE, deben inspirar la programación y ejecución del gasto público. Como es sabido, los citados principios, cuya proyección primaria se refiere a los ámbitos de la presupuestación y del control económico-financiero, deben distinguirse de la eficacia que constitucionalmente (art. 103.1 CE) se erige en criterio empleado por la legislación reguladora de la actividad administrativa en los distintos sectores (L. PAREJO, 1995, p. 101). Sin embargo, con frecuencia, ambas clases de principios se entremezclan en la justificación de las reformas organizativas introducidas en los distintos ámbitos de la acción administrativa, pues las nuevas fórmulas de organización, siempre más flexibles, cuya introducción reclamaría la mayor eficacia en la prestación de servicios públicos, al proyectarse en el ámbito económico-financiero, parecen exigir una continua relajación de las reglas generales, básicamente contenidas en la LGP, que al parecer harían imposible que las nuevas organizaciones programaran y gestionaran sus gastos de modo eficiente y económico.

De ahí que las nuevas formas organizativas, en nuestro caso las previstas para la prestación de los servicios públicos sanitarios, definan su régimen económico-financiero por relación a las entidades más alejadas del régimen general de presupuesto público; pues, naturalmente, en esto como en tantas otras cosas, el modelo arquetípico al que el sector público debería aproximarse es el del sector privado que, por causas ya suficientemente explicadas entre nosotros (L. PAREJO, 1995, pp. 111 ss.), no parece requerir justificación alguna, dada la seria erosión de la confianza en lo público.

Pues bien, sin negar en absoluto la necesidad de adecuación del régimen económico-financiero general, previsto en la LGP, a las especiales características de determinados sectores de la actividad y servicio públicos, quizás convenga resaltar que la simple flexibilización de las reglas que garantizan el correcto manejo de los fondos públicos con los que se financian los servicios públicos fundamentales no induce ni garantiza mejoras automáticas en su gestión, ni en los resultados de ella derivados, en términos de satisfacción de los intereses generales involucrados en la misma organización de tales actividades y servicios.

De ello, proporciona un buen ejemplo el citado Informe de fiscalización del Consello de Contas de Galicia respecto a la Fundación Hospital de Verín en el ejercicio de 1996, cuando pone de relieve que el nuevo modelo no parece que aporte fórmulas adecuadas para conseguir una mayor eficiencia del gasto sanitario, por cuanto:

1. El sometimiento al Derecho privado, sin sujeción a principios y controles públicos, permite una flexibilidad organizativa que no sólo no redundaría en un aumento de la eficiencia, sino que, por el contrario, facilita a los gestores el incurrir en gastos que chocan con el principio de racionalidad que debe presidir el empleo de los fondos públicos.

2. No se establecen mecanismos para trasladar a los profesionales incentivos o penalizaciones vinculadas al consumo de recursos para la prestación de sus servicios.

3. La disciplina financiera que el Servicio Gallego de Salud (SERGAS) pretende imponer a través de la limitación presupuestaria fijada en el concierto es inasumible a la vista de la demanda asistencial existente con los actuales costes de producción, puesto que en el caso de pretender asumirla sería de difícil conciliación con la calidad asistencial que debe prevalecer en la prestación de servicios.

Y todo ello resulta particularmente grave si se piensa que, de otro lado, la flexibilización introducida en el régimen económico-financiero de las Fundaciones sanitarias, al servicio de mejoras de gestión más que dudosas, se ha traducido en las cuentas anuales formuladas para el ejercicio por la mencionada Fundación que, según el Consello de Contas, no expresan la imagen fiel del patrimonio y de su situación financiera, así como de los resultados de sus operaciones y de los recursos obtenidos y aplicados durante el ejercicio, ni contienen la información suficiente para su interpretación y comprensión adecuada.

De ahí que convenga extremar las cautelas ante reformas organizativas del calado de las que examinamos, no siempre suficientemente justificadas y estudiadas en todos sus extremos, pues a pesar del pesimismo instalado entre nosotros respecto a las escasas posibilidades de actualizar la gestión público-administrativa, quizás convendría explorar otras vías de progreso, dentro de la lógica del sector público, abiertas con la aprobación de la LOFAGE y rápidamente olvidadas. Sobre todo si, como parece, los trabajos del Tribunal de Cuentas para la fiscalización de Fundaciones sanitarias de ámbitos distintos desvelan similares deficiencias de gestión o, cuando menos, confirman lo que ya hoy parece evidente: que la forma de las Fundaciones sanitarias no obedece a ningún contenido preciso ni es, en sí misma, suficiente para inducir mejoras en la gestión pública en este sector de actividad.

En definitiva, reiterando ideas ya expuestas en otro lugar (J. ZORNOZA PÉREZ, 1996, p. 249) conviene abordar los problemas de la organización administrativa desde una perspectiva integral, que atienda a la naturaleza de las actividades y servicios a desempeñar por cada Administración para, en coherencia con ella, optar por una determinada fórmula organizativa y determinar su régimen jurídico, también en el ámbito económico-financiero, de acuerdo con las características de las actividades y servicios que le corresponde gestionar.

III. EL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN

No obstante, el examen del régimen presupuestario de las nuevas formas de gestión de los servicios públicos sanitarios, seguramente per-

mite afirmar que no se han producido en este ámbito novedades excesivamente llamativas respecto a la reordenación de los distintos regímenes presupuestarios, correspondientes a los distintos entes públicos, llevada a cabo tras la aprobación de la LOFAGE.

Prescindiendo del régimen de los **Consorticios**, que desde la perspectiva que ahora interesa no implica novedades sustantivas, lo que explica la parquedad de su regulación en el art. 53 del Real Decreto 29/2000, hemos de referirnos separadamente a las Fundaciones en mano pública y Fundaciones Públicas Sanitarias, como formas de gestión más novedosas.

Por lo que a las primeras se refiere, la asimilación de las **Fundaciones en mano pública** o, si se prefiere, de competencia o titularidad pública, a las sociedades mercantiles en cuyo capital, de forma directa o indirecta, participa mayoritariamente el Estado, no sólo resulta posible a partir de una interpretación extensiva de dicha categoría, con base en la noción material o funcional de empresa (M. VAQUER, 1999, pp. 59 ss.), sino que parece perfectamente adecuada a la naturaleza y características de las funciones que están llamadas a cumplir en la gestión de los servicios públicos sanitarios, introduciendo mecanismos competitivos de mercado en el sector público sanitario. Es más, no cabe descartar que el empleo de ese novedoso e impropio *nomen iuris* obedezca, al menos en parte, a la intención de evitar las negativas connotaciones que en el ámbito de la gestión de los servicios públicos hubiera podido tener el recurso a la forma y denominación de la sociedad mercantil; sobre todo cuando se observa que el recurso a la forma «Fundación» se justifica por estar concebida para perseguir fines de interés general, por lo que «la posibilidad de que las Administraciones Públicas constituyan las mismas como entes descentralizados de sus actividades, parece más razonable que el expediente de acudir a la constitución de Sociedades estatales» (J. SÁNCHEZ CARO, 2000, p. 27).

Como hemos avanzado, entendemos que esa asimilación se ha producido de forma expresa en la Ley 14/2000, al incorporar al art. 6 de la LGP, donde se definen y regulan las sociedades estatales, un nuevo apartado 5 en que se definen las denominadas Fundaciones estatales en términos que coinciden substancialmente con los del antiguo párrafo segundo del art. 123.3 del mismo texto legal, al que únicamente se añade la posibilidad de que la participación estatal en la dotación fundacional se produzca «directa o indirectamente», además de la exigencia —ya avanzada por la doctrina— para su creación de «autorización previa por parte del Consejo de Ministros».

Dicha asimilación permite precisar el régimen económico-financiero previsto en el repetido Real Decreto 29/2000, que se conforma con remitirse a lo que dispongan los estatutos respecto al régimen patrimonial, financiero, presupuestario y contable, «en los términos

pondiente ejercicio» (art. 87.2 LGP), a la que se acompañará una previsión del balance de la entidad y de la documentación que determine el Ministerio de Hacienda, que establecerá su estructura básica (art. 89.1 LGP).

Su presentación, que resultará preceptiva para las Fundaciones sanitarias, en cuanto normalmente recibirán subvenciones o aportaciones con cargo a los Presupuestos (art. 89.2 LGP), deberá efectuarse a través del Departamento del que dependan antes del 10 de julio de cada año, se supone que a efectos de su inclusión, como sucedía hasta la fecha (M. A. MARTÍNEZ LAGO, 1992, pp. 171 ss.), en los Presupuestos Generales del Estado, incorporando los estados financieros a que nos hemos referido, relativos tanto al ejercicio a que se refiera el proyecto de Presupuestos como a la liquidación del último ejercicio cerrado y al avance de liquidación del ejercicio en curso (art. 87.3 LGP). Pero lo cierto es que ello nada garantiza respecto a su discusión efectiva en sede parlamentaria, pues su formato será, por lo que hemos dicho, semejante al de una cuenta de explotación y a un estado de origen y aplicación de fondos, con lo que difícilmente se producirá debate alguno, salvo de forma indirecta, cuando —como será el caso de las Fundaciones estatales sanitarias— perciban subvenciones u otras asignaciones con cargo a los Presupuestos, lo que merma las ya de por sí reducidas posibilidades de que el debate presupuestario permita un control parlamentario efectivo sobre la gestión económico-financiera de un servicio público de tanta trascendencia.

Con todo, lo que importa señalar es, sobre todo, que los presupuestos a que nos referimos pese a calificarse como meras estimaciones [art. 48.1.c) LGP], tanto respecto a los ingresos como a los gastos, tendrán carácter limitativo en cuanto a las cifras en ellos contenidas siempre que las entidades, en nuestro caso las Fundaciones de titularidad estatal, reciban subvenciones de explotación o de capital con cargo a los Presupuestos del Estado. De ahí, que se previera un régimen de autorización para sus variaciones (art. 87.5 LGP), aclarado tras la LOFAGE, mediante la Orden de 30 de julio de 1999, a la vista de los nuevos formatos de los presupuestos de explotación y de capital establecidos en 1998, ajustándose a los modelos del Plan General de Contabilidad. Un régimen que la Ley 14/2000 ha modificado al incorporarlo al nuevo art. 90.2.c) de la LGP, de modo que las variaciones por importe superior a 100 millones de pesetas y al 5 por 100 de las cifras aprobadas individualizadamente para determinadas dotaciones (personal, inversiones materiales e inmateriales, financieras y endeudamiento a largo plazo) deban ser autorizadas por el Gobierno y, en los demás casos, por el Ministro de Hacienda. Y conviene señalar que a esas reglas de competencia, la nueva redacción del citado precepto de la LGP ha venido a añadir alguna otra, para la autorización de las variaciones anuales que supongan incremento de dotaciones de los

presupuestos de explotación y capital con cargo a subvenciones u otras aportaciones presupuestarias, de modo que se garantice la intervención de la autoridad afectada, bien por tratarse de aportaciones estatales que deban motivar una modificación presupuestaria, bien porque deba escucharse al Departamento de que dependa la Fundación estatal.

Además, el régimen presupuestario de las Fundaciones de titularidad estatal y restantes entidades que constituyan nuevas formas de gestión del INSALUD fue singularizado, respecto al de las sociedades mercantiles estatales, mediante el establecimiento de cautelas de distinto signo, a partir del art. 15 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, cuyo contenido se ha trasladado, con alguna modificación, a los respectivos arts. 16 de la Ley 49/1998 y de la Ley 54/1999 y, por último, al art. 19 de la Ley 13/2000, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2001.

Prescindiendo de su descripción de detalle, como características más interesantes de dicha especialización de su régimen presupuestario, deben destacarse las siguientes:

1. Existe una cierta cautela respecto a las relaciones financieras que puedan establecerse entre el INSALUD y las nuevas formas organizativas, que explica que las modificaciones de crédito a realizar en la Entidad gestora, que tengan repercusiones en los presupuestos de las nuevas entidades, deban de ser comunicadas, con carácter previo a su tramitación, a la Dirección General de Presupuestos, a efectos de su informe.

2. La inicial prohibición de transferencias entre créditos de capítulos relativos a operaciones de capital y créditos de capítulos para operaciones corrientes (Ley 49/1998), se ha flexibilizado, hasta requerir sólo informe favorable del INSALUD cuando se trate de minorar el presupuesto de capital para incrementar el de explotación (Ley 54/1999 y Ley 13/2000).

3. Dentro del presupuesto de explotación, persiste, no obstante, una cierta desconfianza en lo relativo a la gestión de las partidas del Capítulo I, cuyos movimientos requieren informe favorable del Ministerio de Hacienda, tanto si suponen aumento como disminución de los gastos de personal.

4. En esa misma línea de control del gasto de personal de estas entidades, la masa salarial deberá ser aprobada anualmente por la Dirección General de Costes de Personal, a la que deberán comunicarse, como a la Dirección General de Presupuestos, las modificaciones retributivas producidas a lo largo del ejercicio; al margen de que, como entidades integradas en el sector público, para la planificación en materia de gastos de personal quedan sujetas a las reglas de incremento establecidas en las Leyes de Presupuestos (art. 20 de la Ley 54/1999 y art. 21 de la Ley 13/2000).

5. Por sus repercusiones presupuestarias, los Conciertos entre el INSALUD y las nuevas entidades deberán ser informados por la Dirección General de Presupuestos.

6. Parecidas razones explican que el Ministerio de Sanidad deba informar semestralmente a la citada Dirección General de Presupuestos de los ingresos que las nuevas entidades hayan generado por servicios prestados.

Pese a que la nueva redacción del art. 99 de la repetida LGP, también dada por la Ley 50/1998, no menciona expresamente a las Fundaciones en mano pública al establecer las normas de control interno de la gestión económico-financiera de organismos públicos, entes públicos y sociedades estatales, su asimilación a éstas debe llevar a la aplicación del control financiero ejercido de forma centralizada; aunque no por la IGAE, como dice el citado art. 99.4, sino por la Intervención General de la Seguridad Social, puesto que nos movemos en el ámbito del sector público sanitario, que no es sino uno de los subsectores que en términos presupuestarios se regulan bajo la rúbrica de la Seguridad Social.

Así se reconoce, siquiera de forma implícita, en el art. 15 del Real Decreto 29/2000 y, por si fuera necesario, en los estatutos de las Fundaciones Hospitalares de Alcorcón y Manacor (M. VAQUER CABALLERÍA, 1999, p. 64), aunque sin precisar el tipo de control que ejercerá la Intervención General de la Seguridad Social, que será el control mediante auditoría, como resulta del art. 100.2 de la LGP para todas las Fundaciones estatales. Y ello, con carácter previo al que corresponde realizar al Tribunal de Cuentas, mediante el examen de la Cuenta General del Estado, en la que se integra, según el art. 132.3 de la LGP, en redacción dada por la Ley 50/1998, la Cuenta General de las Fundaciones de titularidad pública estatal, que resulta de la agregación o consolidación de cuantas entidades formen sus cuentas por aplicación de la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines de lucro.

Porque tras la modificación del art. 123 de la LGP por la Ley 50/1998 ninguna duda puede caber en cuanto al sometimiento de las Fundaciones de titularidad estatal al régimen de contabilidad pública, dentro del que se reconoce su especificidad, al disponerse la rendición de sus cuentas de acuerdo con los principios y normas recogidos en la adaptación del Plan General de Contabilidad a las entidades sin fines lucrativos (art. 123.3 LGP), siempre bajo la supervisión de la Intervención General de la Seguridad Social, en virtud de las competencias que dicho Centro Directivo tiene atribuidas por el art. 151 de la LGP, respecto a las entidades que integran el sistema de la Seguridad Social, al que pertenecen las Fundaciones de las que hablamos, por mediación del INSALUD.

Las Fundaciones de competencia o titularidad pública estatal, hoy Fundaciones estatales, además de sus cuentas, formadas como se ha dicho, rendirán una memoria relativa al cumplimiento de sus obligaciones de carácter económico-financiero; memoria que, según el art. 130.1 de la LGP, se adaptará al contenido que disponga el Ministerio de Economía y Hacienda, incluyendo información relativa al empleo de las subvenciones recibidas y resultados con ellas obtenidos, así como a la ejecución de los contratos programa y su grado de cumplimiento. Se cierra de ese modo, estableciendo un mecanismo útil para el control de cumplimiento de los objetivos previstos, el régimen presupuestario de estas nuevas entidades; un régimen que, por lo visto, no incorpora excesivas novedades, ni siquiera en el establecimiento de nuevas técnicas de control, al margen de la rendición de esa memoria relativa al cumplimiento de objetivos y programas que, si puede parecer condición necesaria para inducir las mejoras de gestión que se pretenden alcanzar, difícilmente será condición suficiente a tal efecto.

Distinto es el régimen presupuestario de las **Fundaciones Públicas Sanitarias**, que no son más que entes instrumentales de la Administración sanitaria, cuya naturaleza es clara desde el art. 111 de la Ley 50/1998, que habilitó su creación como Organismos públicos adscritos al INSALUD sujetos al régimen presupuestario, económico financiero, de contabilidad, intervención y control financiero establecido en la LGP para las Entidades públicas empresariales (art. 111.10), en términos que han sido reproducidos por el art. 74 del Real Decreto 29/2000, que nada relevante añade a nuestros efectos.

Dicha remisión conduce directamente al régimen de presupuesto público aplicable a las Entidades públicas empresariales, modalidad de los Organismos públicos heredera, en cierto modo, de los antiguos Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo y que se registrarán por la LGP, según prevé el art. 58 de la LOFAGE.

No obstante, como es sabido, la LGP no había sido objeto de adaptación a las modificaciones introducidas por la LOFAGE en la tipología de las organizaciones públicas, por lo que no existía un régimen presupuestario asignado expresamente a dichas Entidades públicas empresariales, salvo en lo relativo a su control interno (arts. 99 y 100 LGP, en redacción dada por la Ley 50/1998) y a los extremos que fueron regulados para el conjunto de las entidades que constituyan nuevas formas de gestión del INSALUD, a partir del art. 15 de la Ley 65/1997, de 30 de diciembre, cuyo contenido se ha trasladado, con alguna modificación, a los respectivos arts. 16 de la Ley 49/1998 y de la Ley 54/1999.

Por ello, resultaba obligado reconstruir el régimen presupuestario de las Fundaciones Públicas Sanitarias, para lo que en su día propusimos acudir, por analogía, al régimen de los antiguos Organismos

autónomos de carácter comercial, financiero o análogo, de los que las Entidades públicas empresariales podían considerarse sucesoras y que parecía el más adecuado a las funciones a ellas atribuidas. Se flexibilizaba en gran medida, de ese modo, la presupuestación de tales Fundaciones Públicas respecto a otros organismos públicos, en términos que daban lugar a que su régimen resultara más parecido al de las sociedades estatales que al de los organismos autónomos, como ya se había señalado con anterioridad a la aprobación de la LOFAGE (J. SÁNCHEZ REVENGA, 1989, p. 93).

Y en ese sentido se ha orientado la reforma de la LGP llevada a cabo por la Ley 14/2000, al establecer en la nueva redacción de sus arts. 87 a 91 un régimen presupuestario, el de los presupuestos de explotación y capital, en el marco de los programas de actuación plurianuales, que ya hemos descrito y resulta común a las sociedades mercantiles estatales y a las entidades públicas empresariales, por lo que resultaría ociosa su reiteración. Por ello, bastará con señalar ahora que en estos aspectos, el régimen económico-financiero de las Fundaciones Públicas Sanitarias resulta substancialmente idéntico al de las antes denominadas Fundaciones de competencia o titularidad estatal, con independencia de que se trate de formas organizativas de características radicalmente diversas y sujetas a distintos regímenes jurídico-substantivos.

En el mismo sentido, como ya hemos dicho, también a las Fundaciones Públicas Sanitarias les son de aplicación las cautelas y limitaciones establecidas en el art. 16 de la Ley 54/1999 y en el art. 19 de la Ley 13/2000 para las entidades creadas como nuevas formas de gestión del INSALUD, que ya detallamos al hacer referencia a las Fundaciones en mano pública y que se refieren, fundamentalmente, a las relaciones financieras que puedan establecerse entre el INSALUD y las nuevas formas organizativas, a la necesidad de controles para las transferencias desde el presupuesto de capital al de explotación, a la cautela en cuanto a la gestión de las partidas del Capítulo I y determinación de la masa salarial, información relativa a los ingresos generados por los servicios que tienen encomendados, etc.

Ninguna duda cabe, respecto al sometimiento de las Fundaciones Públicas Sanitarias, en cuanto Entidades públicas empresariales, al régimen de contabilidad pública, ni tampoco en lo relativo al régimen de control interno que les resulta aplicable, que es el de control financiero permanente (art. 99.2 LGP), que sustituyó a la función interventora en los hospitales y centros sanitarios, tras la Ley 13/1996 (art. 73), y que es el más adecuado a las características de las organizaciones que contemplamos y de las funciones que han de cumplir. Un control financiero que, naturalmente, estará a cargo de la Intervención General de la Seguridad Social, en su calidad de Centro Directivo sectorial (art. 161 LGP); y cuyas características se definen en el

Real Decreto 706/1997, para el ámbito de la Seguridad Social, en paralelo a las prescripciones establecidas, con carácter general, en el anterior Real Decreto 2188/1995, comprendiendo la verificación de la eficacia y eficiencia, así como el adecuado registro y contabilización de la totalidad de las operaciones realizadas por cada entidad y su reflejo fiel en las cuentas y estados que deban formar (art. 2.3).

De ese modo, entre esas dos formas organizativas denominadas Fundaciones, aunque su naturaleza sea diversa, existen también diferencias en cuanto a su régimen de contabilidad y de control. En efecto, de un lado, si bien en ambos casos la formación y rendición de sus cuentas se realizará de acuerdo con los principios y normas recogidos en el Plan General de Contabilidad vigente para la empresa española (art. 123.2 LGP), las Fundaciones estatales aplicarán la adaptación propia de las entidades sin fines de lucro (art. 123.3 LGP), que no resulta necesariamente aplicable a las Fundaciones Públicas Sanitarias, dada su asimilación a las Entidades públicas empresariales. Y, por otro lado, si bien la Intervención General de la Seguridad Social, como Centro Directivo sectorial, deberá intervenir la liquidación de los presupuestos de explotación y capital (art. 93.3 LGP) de ambos tipos de entidades, el control financiero aplicable a las Fundaciones estatales, constituidas conforme a la Ley 30/1994 con participación mayoritaria del Estado en su dotación fundacional, será el de auditoría, por resultar asimilables a las sociedades estatales (art. 100.2 LGP), mientras que a las Fundaciones Públicas Sanitarias, por su asimilación a las Entidades Públicas Empresariales, les corresponderá el control financiero permanente (art. 99.3 LGP).

IV. OTROS ASPECTOS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS

Tras el análisis realizado, conviene todavía aludir a otros aspectos del régimen económico-financiero de las Fundaciones en mano pública y de las Fundaciones Públicas Sanitarias, muy expresivas de su naturaleza y, en cierto modo, problemáticos.

En este sentido, por lo que se refiere a las primeras entidades, las **Fundaciones de titularidad estatal** o Fundaciones estatales, en cuanto patrimonios adscritos a un fin de interés general, plantean no pocos problemas de integración en el régimen tradicional de la Seguridad Social. Para empezar, porque no es sencillo conjugar el régimen de las Fundaciones, según lo establece la Ley 30/1994, con el régimen de gestión y administración de la Seguridad Social, dotada de un patrimonio único, conforme al art. 80 de la LGSS, que corre un riesgo

cierto de fraccionamiento (J. PEMÁN GAVÍN, 1998, pp. 76-77) como consecuencia de la constitución de este tipo de entidades.

Entidades que deben contar, además, con una dotación suficiente para hacer posible el cumplimiento de sus fines, sin que resulte en absoluto claro el origen y justificación presupuestaria que puede tener tal dotación que, siendo semejante a las aportaciones al capital de las sociedades mercantiles estatales, ofrece una notable singularidad, pese a que la Ley 30/1994 permita la reversión a las Administraciones fundadoras en caso de extinción de las fundaciones (art. 31.3). Porque no deja de suscitar dudas la vinculación de un patrimonio dotado por el Tesoro, para la constitución de una personalidad independiente, sin otra posibilidad que la reversión de acuerdo al citado texto legal, con claro riesgo de ruptura de la unidad patrimonial del sistema diseñado por la Ley General de la Seguridad Social, lo que seguramente es signo de la inadaptación del estatuto de las Fundaciones privadas, por mucho que lo sean en mano pública o se califiquen de estatales, para el cumplimiento de las funciones que se les asignan (M. VAQUER CABALLERÍA, 1999, pp. 84 ss.).

Inadaptación que, además, se muestra con mayor claridad si se analizan las consecuencias que en el orden fiscal puede conllevar la tributación de las Fundaciones sanitarias en mano pública en el Impuesto sobre Sociedades, de acuerdo con el régimen de exención parcial previsto en la Ley 30/1994; un régimen de exención del que quedan excluidos los rendimientos derivados de actividades económicas, que constituirán precisamente el objeto de estas formas organizativas, salvo que se solicite y obtenga la exención de esta clase de rendimientos de acuerdo con el citado texto legal, con los costes de gestión que ello apareja.

Junto a ello, en segundo lugar, tampoco es claro el régimen de las casi inevitables adscripciones de bienes que deberá realizar la Tesorería General de la Seguridad Social o la Administración General del Estado para hacer posible el funcionamiento de los Hospitales-Fundaciones. Porque dichos bienes, que pertenecen al patrimonio de la Seguridad Social y se gestionan por su Tesorería, normalmente se encontrarán previamente adscritos al INSALUD en cuanto entidad gestora, sin que se sepa bien cómo es posible una posterior adscripción a favor de otras entidades que, por mucho que hayan sido fundadas por la iniciativa pública, no dejan de ser, al menos formalmente, Fundaciones de Derecho privado, que compiten con otros sujetos también privados, incluso con otras Fundaciones, en la prestación de un mismo tipo de servicios, lo que puede plantear dificultades desde la perspectiva del régimen comunitario de ayudas públicas.

Y menos claro es, todavía, por mencionar un último extremo, el sistema de relaciones financieras que deberá establecerse entre el

INSALUD y las Fundaciones de titularidad estatal, por ejemplo en cuanto a la atribución de los rendimientos generados por el patrimonio adscrito, o en cuanto a la cobertura de los eventuales déficits de explotación, que no parece sencilla al margen del régimen de ayudas y subvenciones públicas, contemplado en los arts. 81 y 82 de la LGP, cuya aplicación a estos supuestos no está, ni mucho menos, exenta de problemas.

Menos problemas suscita el régimen económico-financiero de las **Fundaciones Públicas Sanitarias**, ordenado por el art. 111 de la Ley 50/1998, pues en este caso nos encontramos ante Organismos públicos cuyo carácter instrumental, su «dependencia o vinculación», en los términos del art. 41 de la LOFAGE, respecto a la Administración de la Seguridad Social, permite un mayor margen de maniobra que, además, ha sido aprovechado por el citado precepto de la Ley 50/1998 para resolver el régimen de adscripción y administración de bienes inmuebles adscritos, o el régimen de sus recursos económicos, que no se limitan a los de los Entes públicos empresariales, etc. Y, de ese modo, se viene a confirmar que tampoco esta particular forma organizativa que son las Fundaciones Públicas tiene un sentido claro, pues si nos encontramos ante un ente público empresarial no se entiende el empleo de un *nomen iuris* tan claramente impropio como el elegido, ni tampoco que se excepcione el régimen para ellos previsto en la LOFAGE y que, ya de por sí, adolecía de una enorme imprecisión.

V. CONCLUSIÓN

Examinado el régimen económico-financiero de los nuevos entes surgidos para la gestión del servicio público sanitario resulta ineludible una primera conclusión; a saber: el nuevo modelo de gestión flexible que se pretende implantar en los servicios sanitarios seguramente no requería de las complejas maniobras de arquitectura organizativa que se han llevado a efecto, pues, al menos en lo que a tales aspectos se refiere, podría haberse alcanzado un régimen muy semejante empleando las figuras ya existentes en nuestro ordenamiento tras la aprobación de la LOFAGE. En definitiva, con las palabras de PAREJO ALFONSO (1999, p. 11), «para este viaje no hacían falta esas alforjas, ni siquiera hubiera merecido la pena el viaje mismo», máxime tras la definición, como consecuencia de la reforma de la LGP llevada a cabo por la Ley 14/2000, de un régimen presupuestario básicamente coincidente para las sociedades estatales —a las que se asimilan las Fundaciones estatales— y las Entidades públicas empresariales —a las que se asimilan las Fundaciones Públicas Sanitarias—, que elaborarán presupuestos de explotación y de capital en el marco de programas de actuación plurianuales. Porque de ese modo se unifica en sus espec-

tos básicos la presupuestación de ambas clases de Fundaciones, salvo en su régimen de contabilidad y tipo de control financiero, subsistiendo las diferencias de orden substantivo entre ellas existentes y que ahora, desde la perspectiva en que nos hemos situado, resultan si cabe de más difícil justificación.

Seguramente por ello, se impone una segunda conclusión, para insistir en la necesidad de una nueva reflexión sobre las distintas clases de organizaciones adecuadas para el cumplimiento de las funciones que se atribuyen al sector público en los momentos actuales y del régimen económico-financiero y presupuestario más adecuado para cada una de ellas. Sobre un régimen que, en lo que ahora interesa, debe combinar adecuadamente la flexibilidad y el control, junto a la exigencia de responsabilidades a los gestores, para inducir comportamientos que permitan una gestión del gasto conforme a los principios de eficiencia y economía que consagra el art. 31.2 de la Constitución, en garantía de la realización de los intereses generales involucrados en este sector de la actividad y servicio públicos.

Siempre podrá discutirse sobre el modelo de gestión más adecuado para los servicios públicos sanitarios, pero cualquiera que sea el elegido, su implantación debe realizarse de forma coherente, decidiendo primero el tipo de funciones que deben cumplirse en dicho sector de actividad, para decidir después, de acuerdo con ellas, la forma organizativa más adecuada y el régimen económico-financiero que debe corresponderle. Por ello, los numerosos aspectos de dicho régimen que permanecen indefinidos respecto a las entidades creadas como nuevas formas de gestión de los servicios sanitarios deben interpretarse, seguramente, como el síntoma de la indefinición del propio modelo de gestión que se desea implantar, más allá de la genérica y vacía invocación a los mecanismos competitivos de mercado. De ahí que, frente a la intención manifestada en la Exposición de Motivos de la Ley 54/1999 de dar «mayor amplitud», en el ejercicio de 2000, al empleo de las Fundaciones de competencia o titularidad pública estatal, seguramente hayan de recuperarse la reflexión y el debate sobre las características de dicho modelo de gestión del servicio público sanitario, renunciando a los cambios meramente formales que consolidan prácticas inerciales de conocidos —y criticados— efectos.

BIBLIOGRAFÍA

- ADÁN CARMONA, J. M., «El gasto público y la voluntad política de su control», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 15, 1995.
- FUENTES VEGA, S., «El futuro en el control del gasto público», en *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 15, 1995.
- MARTÍNEZ LAGO, M. A., *Manual de Derecho Presupuestario*, Madrid, 1992.
- PARERO ALFONSO, L., *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, 1995.

- «Prólogo» al libro de M. VAQUER CABALLERÍA *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Madrid, 1999.
- PEMÁN GAVÍN, J., «Reflexiones en torno a la Ley General de Sanidad: ¿desarrollo o reforma?», *Revista Española de Derecho Administrativo Civitas*, núm. 97, 1998.
- RODRÍGUEZ BEREJO, A., «La Ley de Presupuestos en la Constitución Española», en AAVV, *Hacienda y Constitución*, Madrid, 1979.
- SÁNCHEZ CARO, J., *Régimen jurídico de las nuevas formas de gestión en la sanidad pública española (La perspectiva del Instituto Nacional de la Salud)*, Madrid, Universidad Carlos III, mimeo, 2000.
- SÁNCHEZ REVENGA, J., *Presupuestos Generales del Estado*, Barcelona, 1989.
- VAQUER CABALLERÍA, M., *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Madrid, 1999.

LOS AUTORES: NOTA BIOGRÁFICA

FERNÁNDEZ MENDIZÁBAL, Iñaki

Economista. Ha sido Delegado Territorial de Guipúzcoa del Departamento de Trabajo y Seguridad Social (octubre 1989 a febrero 1991) y Director de Gestión de Personal/Recursos Humanos de Osakidetza/Servicio Vasco de Salud (febrero 1991 a 1999). Desde febrero de 1999 es Viceministro de Administración y Régimen Económico del Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco.

Entre sus publicaciones en la materia destacan: *Proyecto de Autonomía y Gestión de las organizaciones sanitarias del Ente Público Osakidetza. Sistema de Planificación de Recursos Humanos en Centros Hospitalarios*. Ha impartido distintas conferencias en relación con la gestión de personal y perspectivas de futuro de las relaciones laborales en el sistema sanitario público vasco.

LOBO ALEU, Félix

Catedrático de Economía Aplicada de la Universidad Carlos III de Madrid, de la que ha sido Vicerrector. Director del Seminario de Estudios Sociales de la Salud y los Medicamentos del Instituto Flores de Lemus de dicha Universidad. Ha sido Director General de Farmacia del Ministerio de Sanidad y Consumo.

Es autor de diversos trabajos en materia sanitaria, entre los que destacan: *La industria farmacéutica en España tras la unificación del mercado europeo* (codirector), 5 vols., Madrid, Farmaindustria, 1997. *Medicamentos: política y economía*, Barcelona, Masson, 1992. *Industria farmacéutica y reforma sanitaria*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1985.



LÓPEZ I CASASNOVAS, Guillem

Catedrático de Economía en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. Entre 1994 y 1997 ha sido Vicerrector de Economía y Relaciones Internacionales de la Universidad Pompeu Fabra, de cuya Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales es actualmente Decano. Desde 1996 dirige el Centre Especial de Recerca en Economia i Salut (CRES-UPF). Miembro del Consejo Asesor del Ministerio de Sanidad y Consumo y consejero de la Agencia Española del Medicamento.

Entre sus publicaciones en la materia destacan: *Economía y Salud. Fundamentos y Políticas* (con V. ORTÚN), Encuentro, 1998. *Incentives in Health Systems* (editor y autor de uno de los textos), Berlín, Springer Verlag, 1991. *Allocation of Resources and Choices in Health Care*, Inst. Borja de Bioética (editor). *Análisis Económico de la Sanidad* (editor y autor de uno de los textos), Departamento de Sanidad, Generalitat de Catalunya, 1994. *Anàlisi del Finançament Autòmic de la Sanitat*, Generalitat de Catalunya, 1992, entre otros.

Es miembro del Consejo Editorial de *Health management Science*, *Euro-health*, *Revista de Economía Aplicada*, *Hacienda Pública Española*, *Administración Sanitaria*, *Gaceta Sanitaria* y de la *Revista de Sanidad e Higiene Nacional*.

MENÉNDEZ REXACH, Ángel

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Autónoma de Madrid. Investigador principal del Programa «Derecho a la protección de la salud y organización de las prestaciones sanitarias», financiado por el Ministerio de Educación y Cultura (1994-1997). Asesor externo del Ministerio de Sanidad y Consumo (1992-1996). En 1997 compareció como experto, a petición del Grupo Socialista, ante la Subcomisión del Congreso de los Diputados encargada del estudio de la reforma sanitaria.

Ponente en el III Congreso «Derecho y Salud» sobre «Las fórmulas de gestión indirecta de servicios sanitarios», Pamplona, 1994. Ponente en el III Congreso Mundial sobre Derecho Médico, sobre el tema «El derecho a la protección de la salud y la asistencia sanitaria de la Seguridad Social», Sudáfrica, Sun City, 1996. Ponente en el Seminario sobre «La reforma de la sanidad en España», organizado por la Fundación Duque de Soria, sobre el tema «Formas jurídicas de gestión de las prestaciones sanitarias», Salamanca, 2000.

ORTÚN RUBIO, Vicente

Profesor titular del Departamento de Economía y Empresa y co-director del Centro de Investigación en Economía y Salud de la Universidad Pompeu Fabra. Director del Máster de Economía de la Salud y Gestión Sanitaria de dicha Universidad. Presidente de la Asociación de Economía de la Salud.

En el ámbito sanitario, ha sido Adjunto a Gerencia y Director Administrativo del Hospital San Pablo, Jefe del Gabinete Técnico del Departamento de Sanidad de la Generalidad de Cataluña, Subdirector General de Planificación del Ministerio de Sanidad y Consumo, Secretario de la European Public Health Association y Presidente de la Asociación Española de Salud Pública y Administración Sanitaria.

Entre sus publicaciones en la materia destacan: *La economía en sanidad y medicina. Instrumentos y limitaciones*, 2.^a ed., Barcelona, Hogar del Libro, 1992. *Política sanitaria: La agenda explícita* (editor con R. MENEU y autor de un capítulo), SG Editores, 1996. *Economía y sanidad: Fundamentos y políticas* (con G. LÓPEZ), Ed. Encuentro, 1988. *Gestión sanitaria: Innovaciones y desafíos* (editor y autor de dos capítulos), Masson, 1998. *Decisión clínica* (con M. BUGLIOLI), Springer-Verlag, 2000.

PALOMAR OLMEDA, Alberto

Magistrado de lo Contencioso-Administrativo. Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social.

Entre sus publicaciones en la materia destacan: *Manual jurídico de la profesión médica* (coord.), Madrid, Dykinson, 1998. *La organización administrativa: tendencias y situación actual*, Granada, Comares, 1998. *Derecho de la función pública: régimen jurídico de los funcionarios públicos*, 5.^a ed., Dykinson, 2000. *Derecho público de la Seguridad Social*, Barcelona, Ariel, 1995.

PAREJO ALFONSO, Luciano

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid. Secretario General y Vicerrector de Profesorado en dicha Universidad. Directos del Instituto Pascual Madoz del Territorio, Urbanismo y Medio Ambiente.

Ha sido Subsecretario del Ministerio de Administraciones Públicas y Presidente del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), de cuya revista *Documentación Administrativa* es director.

Entre sus publicaciones destacan: «La política comunitario-europea en materia de salud pública: el art. 129 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, en la versión dada al mismo por el de Amsterdam», en VVAA, *Derecho de la sanidad y los medicamentos: seis estudios*, Madrid, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1999. *Manual de Derecho Administrativo* (junto a Luis ORTEGA y Antonio JIMÉNEZ BLANCO), 5.^a ed., 2 vols., Barcelona, Ariel, 1998. *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, INAP/BOE, 1995. *Crisis y renovación del Derecho público*, Madrid, CEC, 1991.

PIÑAR MAÑAS, José Luis

Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad San Pablo-CEU, de cuya Facultad de Ciencias Jurídicas y de la Administración ha sido Decano.

En la materia, es autor de «Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 97, 1998. «Las fundaciones sanitarias. De la perplejidad a la confusión, pasando por la demagogia», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 1/2000.

REY DEL CASTILLO, Javier

Especialista en Cardiología. Médico Inspector de la Seguridad Social. Ha sido Subdirector General de Planificación Hospitalaria (1983-1985), Inspector General de Servicios de la Administración Pública (MAP, 1985-1991), Director General de Alta Inspección y Relaciones Institucionales y Secretario del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud (1991-1996), Secretario de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida (1996-2000).

En materia sanitaria es autor del libro *La descentralización de los servicios sanitarios. Aspectos generales y análisis del caso español*, y coordinador del libro *El futuro de la sanidad española. Un proyecto de reforma*, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ CARO, Francisco Javier

Abogado en ejercicio desde 1974. Cuerpo Superior de Letrados de la Administración de la Seguridad Social. Actualmente es Subdirector General de la Asesoría Jurídica del Instituto Nacional de la Salud y Vicepresidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario.

Autor de «Nuevas formas de gestión: las razones de una ley», *Revista de Administración Sanitaria*, núm. 1, 1997, pp. 101-117.

SANFRUTOS VELÁZQUEZ, Norberto

Economista. Ha sido Secretario General Técnico de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía (1982-1986), Viceconsejero de Salud (1986-1990), Director General de Programación Económica (1990-1993), Director Económico del Hospital Universitario Virgen del Rocío y actualmente es Jefe del Servicio de Coordinación de la Vicenconsejería de Trabajo de la Junta de Andalucía.

VAQUER CABALLERÍA, Marcos

Profesor titular de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid, de cuya Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas es Secretario.

Publicaciones en la materia: *Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública. La reforma de los servicios públicos sanitarios*, Madrid, Marcial Pons, 1999. «Las nuevas formas de organización instrumental de la Administración sanitaria», *Aranzadi Administrativo*, núm. 2, 1999, pp. 1-8.

ZORNOZA PÉREZ, Juan

Catedrático de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad Carlos III de Madrid, de cuyo Departamento de Derecho Público del Estado es Director.

Ha publicado, entre otras obras: *Constitución y financiación autonómica* (varios autores), Valencia, Tirant lo Blanch, 1998. *Los recursos de las Comunidades Autónomas*, Madrid, CEC, 1996.

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
PRESENTACIÓN.....	7

PRIMERA PARTE LAS BASES CONSTITUCIONALES

CONSTITUCIÓN, SISTEMA NACIONAL DE SALUD Y FORMAS DE ORGANIZACIÓN, por Luciano PAREJO ALFONSO.....	11
I. LA SANIDAD Y LA ORGANIZACIÓN DE LA ASISTENCIA SANITARIA PÚBLICA.....	11
II. EL ORDEN CONSTITUCIONAL DE REFERENCIA.....	15
III. EL ORDEN LEGAL ORDINARIO EN VIGOR.....	20
IV. LA REORGANIZACIÓN EN CURSO DE LA GESTIÓN DEL SISTEMA SANITARIO PÚBLICO: ALGUNAS DE LAS RELEVANTES CUESTIONES QUE SUSCITA.....	23
1. El sistema sanitario público legalmente definido y la innovación de las formas de gestión: la repercusión real de ésta sobre aquél.....	23
2. La falsa, por meramente formal, liberalización de la gestión pública y las posibilidades de verdadera liberalización de la gestión del sistema sanitario público.....	26
3. La legitimidad del ejercicio libre, desconectado en todo caso del programa legal sustantivo aún vigente, de la potestad de organización para la innovación de las formas de gestión del sistema sanitario público.....	30
4. La competencia constitucional para la innovación de las formas de gestión del sistema sanitario público.....	36

	<u>Pág.</u>
5. La suficiencia del rango de la norma autorizatoria de la innovación de las formas de gestión del sistema sanitario público	38
6. La viabilidad de las sociedades estatales como formas organizativas de gestión del sistema sanitario público	39
7. La viabilidad de las fundaciones sanitarias en mano pública como forma de gestión del sistema sanitario público.....	41

SEGUNDA PARTE

ECONOMÍA Y DERECHO EN LA ORGANIZACIÓN SANITARIA

ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS EN EL ESTADO DEL BIENESTAR , por Vicente ORTÚN RUBIO.....	47
INTRODUCCIÓN	47
I. CAMBIOS EN LAS INSTITUCIONES DEL ESTADO DEL BIENESTAR	53
1. Contratación externa.....	54
2. Precios, tasas y tiques moderadores.....	56
3. Vales, bonos y cheques.....	56
4. Mercados de derechos.....	57
5. Competencia gestionada (interna o pública si se produce únicamente entre productores públicos).....	58
II. CAMBIOS EN LAS ORGANIZACIONES SANITARIAS DEL ESTADO DEL BIENESTAR	60
1. «Burocracia descentralizada»	61
2. Organizaciones sin finalidad lucrativa.....	62
3. Cooperativas de profesionales sanitarios	62
4. Organizaciones sanitarias integradas.....	64
III. CONDICIONANTES POLÍTICOS DE LOS CAMBIOS ORGANIZATIVOS EN EL ESTADO DEL BIENESTAR Y VÍAS DE ANÁLISIS DESDE LA ECONOMÍA DE LAS ORGANIZACIONES	64
1. Condicionantes políticos de las reformas.....	64
2. Vías de análisis desde la Economía de las Organizaciones.....	66
3. Decálogo con los puntos clave	68
BIBLIOGRAFÍA	69
FORMAS JURÍDICAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS , por Ángel MENÉNDEZ REXACH	71
I. INTRODUCCIÓN	71

	<u>Pág.</u>
II. DATOS DEL DERECHO POSITIVO	72
1. Los criterios de la Ley General de Sanidad (LGS).....	72
2. Las fundaciones de iniciativa pública en la Ley de Fundaciones de 1994	73
3. Real Decreto-ley 10/1996, de 17 de junio y Ley 15/1997, de 25 de abril, de Habilitación de Nuevas Formas de Gestión del Sistema Nacional de Salud.....	74
4. Las Fundaciones Públicas Sanitarias en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre	75
5. El Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud	76
III. CUADRO GENERAL DE LAS FORMAS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS	77
1. La protección de la salud como «servicio público»	77
2. Formas de gestión directa.....	79
3. Formas de gestión indirecta.....	80
4. Consorcios	81
5. Avance de conclusiones	82
IV. DERECHO PÚBLICO Y DERECHO PRIVADO EN LA GESTIÓN DE LAS PRESTACIONES SANITARIAS.....	85
1. Autonomía de gestión, eficacia y técnicas de organización.....	85
2. Viejas y nuevas formas de gestión y su adecuación al ámbito sanitario	89
V. REFLEXIÓN FINAL.....	94

TERCERA PARTE

LOS MODELOS ORGANIZATIVOS DEL INSALUD Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

PREFACIO , por Félix LOBO	99
ALGUNA REFLEXIÓN EN TORNO A LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS Y LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN , por Iñaki FERNÁNDEZ MENDIZÁBAL.....	107
LA FINANCIACIÓN AUTONÓMICA DE LA SANIDAD. ALGUNAS AFIRMACIONES, VALORACIONES Y CONSTATAACIONES , por Guillem LÓPEZ I CASASNOVAS.....	113
I. ALGUNAS AFIRMACIONES.....	114

	<u>Pág.</u>
II. ALGUNAS VALORACIONES.....	117
III. ALGUNAS CONSTATAACIONES	118
IV. ALGUNAS PRESCRIPCIONES.....	123
 LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS , por Javier REY DEL CASTILLO.....	 125
I. INTRODUCCIÓN.....	125
II. UN MODELO INCOMPLETO Y NO CERRADO	127
III. EL MARCO TEÓRICO DE UNOS SERVICIOS SANITARIOS UNIVERSALES DE GESTIÓN DESCENTRALIZADA EN EL CONTEXTO DEL ESTADO AUTÓNOMICO.....	128
1. Un modelo inédito y con escasas referencias	129
2. Un modelo inespecífico en el contexto de una descentralización general.....	130
3. Los servicios sanitarios, instrumentos inadecuados de identificación regional	131
4. La financiación sanitaria ¿condicionante de la organización territorial?	133
5. Las economías de escala en los servicios sanitarios, como mecanismo de eficiencia y condicionantes de la organización territorial de la sanidad.....	135
IV. ALGUNAS CONDICIONES DE DESARROLLO FUTURO DEL SISTEMA SANITARIO ESPAÑOL DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA ORGANIZACIÓN TERRITORIAL	136
1. Especificidad de la organización sanitaria como servicio de cobertura universal y gestión descentralizada.....	136
2. Una organización sanitaria basada en la cooperación y la coordinación entre las CCAA, más allá del marco competencial.....	137
3. Simetría en el papel representado por las Administraciones autonómicas	138
4. Reserva de determinados papeles (garantía de protección universal y equidad) a la Administración central	138
 RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN EN LA SANIDAD ESPAÑOLA (LA PERSPECTIVA DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD) , por Javier SÁNCHEZ CARO.....	 139
I. PLANTEAMIENTO GENERAL.....	140
II. EL MARCO JURÍDICO PREEXISTENTE	144
III. LA PROLIFERACIÓN DE ENTES EN LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL.....	149

	<u>Pág.</u>
IV. LÍMITES A LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	150
V. ANÁLISIS DE LA RELACIÓN DE INSTRUMENTALIDAD	152
VI. LAS FORMAS DE GESTIÓN EN LAS NUEVAS LEYES.....	153
VII. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS FORMAS DE GESTIÓN Y EL ESTATUTO DEL SERVICIO	161
VIII. BREVE ANÁLISIS DE LA LEY 15/1997, SOBRE HABILITACIÓN DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD	163
IX. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN, DOTADAS DE PERSONALIDAD JURÍDICA.....	164
X. REFERENCIA A LOS CONVENIOS Y CONCIERTOS COMO FOR- MAS DE GESTIÓN INDIRECTA EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD.....	174
XI. EL REAL DECRETO 29/2000, DE 14 DE ENERO, SOBRE NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DEL INSTITUTO NACIONAL DE LA SALUD: DISPOSICIONES GENERALES.....	177
XII. DISPOSICIONES ESPECÍFICAS DEL REGLAMENTO SOBRE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN	184
XIII. EL REGLAMENTO Y LA APLICACIÓN DE NORMAS RELATI- VAS AL SERVICIO PÚBLICO SANITARIO.....	186
XIV. EL REGLAMENTO Y LAS ESPECIALIDADES EN EL ÁMBITO DE ATENCIÓN PRIMARIA	186
XV. EL REGLAMENTO Y LA CONVERSIÓN DE LOS ACTUALES CENTROS SANITARIOS.....	187
XVI. EL REGLAMENTO Y LAS ENTIDADES CONSTITUIDAS AL AMPARO DEL REAL DECRETO-LEY 10/1996, DE 17 DE JUNIO...	188
 LAS EXPERIENCIAS DE GESTIÓN EN LOS SERVICIOS SANITARIOS PÚBLICOS EN ANDALUCÍA, por Norberto SANFRUTOS VELÁZQUEZ.....	 189
I. PRESENTACIÓN.....	189
II. LA ESTRUCTURA DE PRODUCCIÓN DE LOS SERVICIOS SANI- TARIOS EN ANDALUCÍA. SITUACIÓN INICIAL, PROCESO SEGUIDO Y SITUACIÓN ACTUAL.....	191
III. LAS INNOVACIONES EN MATERIA DE GESTIÓN EMPRENDI- DAS EN LA JUNTA DE ANDALUCÍA	193
1. Una necesidad sentida desde el primer momento	194
2. El cambio de 1990.....	195
3. Una opción rechazada desde casi el primer momento	196
4. Las áreas sanitarias	196
5. Las empresas públicas en el ámbito sanitario de Andalucía.....	197

	<u>Pág.</u>
6. Las innovaciones de gestión dentro del SAS.....	200
7. Un intento de valoración global de las innovaciones en gestión en los servicios sanitario públicos de Andalucía.....	203
IV. PARA TERMINAR.....	206

CUARTA PARTE

LA FORMA Y LOS MEDIOS DE LA ORGANIZACIÓN. ALGUNOS ASPECTOS POLÉMICOS

REFORMA SANITARIA. ¿PRIVATIZACIÓN A TRAVÉS DE FUNDACIONES? , por José Luis PIÑAR MAÑAS.....	213
LAS FUNDACIONES COMO FORMA DE GESTIÓN DIRECTA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS: LAS ENSEÑANZAS DE UNA EXPERIENCIA TRUNCADA , por Marcos VAQUER CABALLERÍA	217
I. EL PASADO. LA EMERGENCIA DEL FENÓMENO Y SU COBERTURA LEGISLATIVA.....	217
II. EL PRESENTE. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUNDACIONES EN MANO PÚBLICA.....	222
1. Desplazamiento explícito de la LF y de sus principios inspiradores..	222
2. Desplazamiento de la LF «por la naturaleza de las cosas»	225
3. Recapitulación	232
III. EL FUTURO. EL PAPEL DE LAS FUNDACIONES EN LA ORGANIZACIÓN SANITARIA «A LA CARTA»	234
BREVE BIBLIOGRAFÍA SOBRE FUNDACIONES EN MANO PÚBLICA EN GENERAL Y SANITARIAS EN PARTICULAR	236
FORMAS DE ORGANIZACIÓN Y RÉGIMEN DE PERSONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS , por Alberto PALOMAR OLMEDA	239
I. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA EN BUSCA DE UN MODELO VÁLIDO PARA LA GESTIÓN PÚBLICA DE NUESTROS DÍAS	240
II. APUNTE HISTÓRICO SOBRE LA ORGANIZACIÓN DE LOS SERVICIOS SANITARIOS Y SU REPERCUSIÓN EN EL MODELO DE GESTIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO.....	245
1. La prestación de servicios sanitarios en el ámbito de la seguridad social.....	246

	<u>Pág.</u>
2. La independización del modelo conectado con la seguridad social y la universalización de la sanidad	249
III. EL RÉGIMEN DE EMPLEO PÚBLICO DE LA SANIDAD.....	250
1. El modelo de los cuerpos generales y de la formulación estatutaria .	252
2. La proyección del modelo en el decaído Proyecto de Estatuto Básico de la Función Pública.....	256
IV. LAS MODULACIONES AL RÉGIMEN COMÚN DE EMPLEO PÚBLICO EN EL SENO DE LAS DISTINTAS FORMAS DE GESTIÓN SANITARIA	260
1. Análisis específico del Real Decreto 29/2000, de 14 de enero, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de Salud.....	260
2. Las determinaciones específicas en relación con el régimen de personal en las distintas formas de organización	265
3. El supuesto específico de las fundaciones públicas sanitarias	267
V. LA ORGANIZACIÓN Y EL RÉGIMEN DE PERSONAL: DE LA UNIFICACIÓN A LA DISPERSIÓN.....	273
FORMAS DE ORGANIZACIÓN Y RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS, por Juan ZORNOZA PÉREZ .	277
I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO	277
II. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y SUS EXIGENCIAS	279
III. EL RÉGIMEN PRESUPUESTARIO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN.....	284
IV. OTROS ASPECTOS DEL RÉGIMEN ECONÓMICO-FINANCIERO DE LAS NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS SANITARIOS.....	292
V. CONCLUSIÓN	294
BIBLIOGRAFÍA	295
LOS AUTORES: NOTA BIOGRÁFICA	297